الرخصة

في القانون الإداري

الكتاب: الرخصة في القانون الإداري

الكاتب: د. برهان زريق

الطبعة الأولى: **2016**

الكتاب صدر بعد وفاة الكاتب يرحمه اللّه

لذا لم يحظ بالتدقيق من قبله

يرجى موافاتنا بملاحظاتكم واقتراحاتكم

على البريد الالكتروني:

Burhan_zraik@yahoo.com

موافقة وزارة الاعلام السورية على الطباعة

رقم/**114331**/تاريخ **2017/5/7**

د. برهان زريق

الرخصة

في القانون الإداري

أعيش...لأكتب

المحامي الدكتور
مهران زريق

مقدمة

المقاربة اللغوية

إن اكتمال ولادة أي شيء لا يتحقق «حسب رأي بعضهم» قبل تحديد دلالته اللغوية.

وحقيقة الأمر أن اليد واللسان كما قيل هما الإنسانية، وأن الشيء قد يكون موجوداً «لا سيما إذا كان ذو حقيقة مادية» ولكنه لا يتحول إلى جهاز مفاهيمي وإلى لغة للتداول قبل تحقيق حقيقته وبعده اللغوي الدلالي.

بهذا المعنى كان سقراط حريصاً في محاوراته، على تحديد معنى الألفاظ وعلى مخاطبة محاوره مدللاً قائلاً: حدد معاني الألفاظ التي تستعملها .

وفي الواقع أن تطور أي علم من العلوم رهين بتحديد ألفاظ والمصطلحات التي يستعملها، وأن قولنا عن علم أنه تطور، إنما بسبب تحديد مفاهيمه ومصطلحاته تحديداً دقيقاً ومنضبطاً، فاللغة بهذا المعنى تنزل منزلة النقود أو قطرات الدم التي تحمل النسغ المشترك.

ومن جهة أخرى فهنالك فرق أساسي في الوظيفة التي تؤديها اللغة، تبعاً للمجال الذي تعمل فيه، أي تبعاً للوظيفة المعجمية، أو الوظيفة العلمية.

فالوظيفة اللغوية تحاول أن تخلق علاقة ما مع المسمى، وكثيراً ما تأخذ الانطباعات الظاهرية التي يولدها المسمى.

على هذا الأساس سميت الشجرة بهذا الاسم بسبب التداخل بين فروعها، والأمر نفسه بالنسبة لكلمة (الحديقة) التي اشتقت من الإحاطة (حديقة الصين)، ولفظة الرجل وتعني الإنسان الذي يتحرك مستعيناً برجله مقارنة مع الدواب والزواحف التي تدب وتزحف.

وبالطبع، فهذا الأمر أدخل في علم فقه اللغة المقارن (الفيلولوجيا) التي تكشف عن هذه العلاقة بين اللغة والمسمى.

أما اللغة العلمية، فالمفروض بها أن ترسم إطاراً حول الشيء يحدد ما هو داخله، وما هو خارجه وبصفاته وعناصره، أي يحدد الشيء على حقيقته.

وبالرجوع إلى المعاجم اللغوية تم تلمس معنى مادة (رخص) نرى أن هذه الكلمة تعني ما يلي:

- الرخصة والرُخُصة التخفيف والتسهيل يقال لك في هذا الأمر رخصة.
- الرخصة، الثوبة في الشرب.
- ترخص في الأمر: أخذ فيه بالرخصة[1].

---

[1] المنجد في اللغة والآداب والعلوم، بيروت، المطبعة الكاثوليكية، طبعة 1927، مادة رخصً.

ويتضح مما تقدم أن هذه الدلالة اللغوية لا تعدو أن تكون مقاربة لغوية بسيطة لمعنى الرخصة بالمدلول القانوني، لهذا كان علينا ألا نقتصر على هذه المقاربة، بل أن نمد أعيننا إلى المواضعة الفقهية وفي الشريعة الإسلامية، ثم نردف ذلك بتحديد معنى الرخصة في القانون الخاص.

فما هو المقصود بهذه المواضعة الفقهية؟.

الرخصة كجهاز مفاهيمي في الشريعة الإسلامية.

ما دمنا في محراب القانون الوضعي، فعلينا بتشريح جثة هذا المصطلح الفقهي بلغة هذا القانون وآلياته ومبضعه.

ومن المعلوم أن الفن التقنوي أو الصياغي كما تقدمه لنا النظرية العامة للقانون، هذا الفن يميز الصياغة الدقيقة أو الجامدة rigid من الصياغة المرنة élastolite.

ففي الصياغة الدقيقة يضبط القانون المفهوم ويحدد عناصره تحديداً دقيقاً، ومن مظاهر ذلك السلطة المقيدة للإدارة.

وبالمقابل فقد يعمد القانون إلى تحديد نماذج مرنة أي معايير عامة، لا سيما أن القانون هو أحد العلوم المعيارية، ومظهر ذلك على صعيد القانون الإداري السلطة التقديرية discrétion، وغير ذلك، ففي السلطة التقديرية تعطي الإدارة صلاحية اتخاذ عدة قرارات كلها تعتبر مشروعة.

وفي نظرنـا أن هـذا التعريـف ينطبـق علـى الرخصـة كجهـاز مفـاهيمي في الشريعة الإسلامية، ويقابل الرخصة العزيمة، ألا وهي السلطة المقيدة والمنضبطة والمحددة للأحكام، وهذا ما يتضح جلياً من قوله ﷺ: ﴿إِنَّ اللَّـهَ يُحِبُّ أَنْ تُؤْتَى رُخَصُهُ، كَمَا يُحِبُّ أَنْ تُؤْتَى عَزَائِمُهُ﴾.

ففـي الأحكـام المرخصـة «شـريعة» يسـتطيع الصـائم أن يصـوم والعكس، إذا مـا تحققت الشروط التي يتطلبها المشرع، وتصرفه وامتناعه يعتبر مشروعاً.

وهذا ما يؤكده الخير المرفوع إلى الرسول ﷺ، قال حمزة الأسلمي: ﴿يَا رَسُولَ اللَّهِ أَجِدُ بِي قُوَّةً عَلَى الصِّيَامِ فِي السَّفَرِ، فَهَلْ عَلَيَّ جُنَاحٌ ؟، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: هِيَ رُخْصَةٌ مِنَ اللَّهِ، فَمَنْ أَخَذَ بِهَا فَحَسَنٌ، وَمَنْ أَحَبَّ أَنْ يَصُومَ، فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِ﴾[1].

وعن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال: ﴿سافرنا مع رسول اللّه ﷺ إِلَى مَكَّةَ وَنَحْنُ صِيَامٌ قَالَ فَنَزَلْنَا مَنْزِلًا فَقَالَ رَسُولُ اللَّه صلى الله عليه وسلم إِنَّكُمْ قَدْ دَنَوْتُمْ مِنْ عَدُوِّكُمْ وَالْفِطْرُ أَقْوَى لَكُمْ فَكَانَتْ رُخْصَةً فَمِنَّا مَنْ صَامَ وَمِنَّا مَنْ أَفْطَرَ ثُمَّ نَزَلْنَا مَنْزِلًا آخَرَ فَقَالَ إِنَّكُمْ مُصَبِّحُو عَدُوِّكُمْ وَالْفِطْرُ أَقْوَى لَكُمْ فَأَفْطِرُوا وَكَانَتْ عَزْمَةً فَأَفْطَرْنَا ثُمَّ قَالَ لَقَدْ رَأَيْتُنَا نَصُومُ مَعَ رَسُولِ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم بَعْدَ ذَلِكَ فِي السَّفَرِ﴾[2].

وفي نظرنـا أن هـذا الجهـاز المفـاهيمي في الشـريعة الإسـلامية يقـارب المعنـى المصطلحي في القانون الإداري، وإن كان لا يتطابق معه، والمطلوب تحديد ماهية الرخصة في هذا القانون.

[1] رواه مسلم.

[2] رواه أحمد ومسلم وأبو داوود.

هذا على صعيد لغتنا العربية الجميلة، أما على صعيد اللغة الفرنسية أو الانكليزية فإن لفظة الترخيص الوضعية القانونية تحمل في طياتها هذا الإذن والإباحة الخاصة والمرنة، وهذا ما يتضح من لفظة permission autorisation.

ماهية الرخصة الإدارية

يمكن تبسيط الأمور، والقول بأن المبرر الجوهري لوجود الإدارة وعلتها الغائية هو تحقيق إشباع الحاجات العامة بالمفهوم الموسع lato –sensu لكلمة إشباع بحيث يدخل بها «بالمعنى الموضوعي والمادي» إشباع حاجة الأمن والاستقرار (الوظيفة الضابطة).

ويختلف دور الإدارة في تأدية هذا النشاط «عمقاً وتسطحاً أسلوباً ونطاقاً» من دولة لأخرى ومن وقت لآخر تبعاً للمبادئ السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي تعتنقها هذه الدولة.

فقد تعتبر حاجة معينة من الحاجات العامة في دولة من الدول، وفي الوقت من الأوقات، بينما الأمر على خلافه بالنسبة لدولة أخرى.

ومن ناحية أخرى، فقد ترى السلطة العامة إن إشباع الحاجة العامة لا يتم على الوجه الأكمل إلا إذا تولت النشاط بنفسها عن طريق المرفق العام بسبب عجز النشاط الفردي عن القيام بذلك، وهكذا تتولى هذه السلطة مهمة هذا القيام بأسلوب المرفق العام، وبالعكس فقد تجد هذه السلطة أن الأفراد يستطيعون الوفاء بهذا النشاط بشكل سليم فتتركهم أحراراً في ممارسة ذلك، وتكتفي بتنظيم نشاط الأفراد ورقابته درءاً لانحرافه وإضراره بالمصلحة العامة، وبذلك تقوم هذه

السلطة بوضع القواعد والقيود بما يمنع وقوع الاضطراب، ويحول دون اعتداء بعض الأفراد على حريات البعض الآخر، ونشاط الإدارة في هذا السبيل نمارسه عن طريق سلطة الضبط الإداري.

وهكذا تتحدد الوظيف الإدارية فهي معيار القانون الإداري بقطبين أساسيين[1] : إشباع الحاجات العامة والتنظيم الردعي الوقائي الضامن للاستقرار والطمأنينة والأمن (الضبط الإداري)، وهذا هو عين التحديد في شريعتنا الغراء كما يقرره المبدأ الأصولي: جلب المنافع (المرفق العام) ودرء المفاسد (الضبط الإداري).

بيد أنه يجب التأكيد بأن التنظيم الوقائي ليس مقصوراً على مهمة السلطة الإدارية، بل قد تُقوا به الدولة بآلية التشريع، وهذا هو الضبط بمعناه العام.

فالضبط تبعاً لهذا المعنى الموسع يضمن تنظيم المجتمع تنظيماً وقائياً فتراقب بموجبه الإدارة نشاط الأفراد، وتدرس احتمالات الإخلال بالنظام قبل وقوعها ووظيفة الضبط بهذا المعنى العام تقوم بها الدولة عن طريق التشريع[2].

وإذا كان القانون في جوهره يقوم على مفهوم (نسبية الحقائق الإنسانية) ثم مواجهة بعضها ببعض، تلك النظرية التي نادى بها ودلل عليها، وشرحها مفصلاً "شارل مونتسيكيو" إذا كان الأمر كذلك، فالتشريع قد يخفف من قبضة التنظيم الوقائي المانع فيسمح بممارسة النشاط المحظور إلى فرد معين ضمن شروط

---

[1] د . محمود حلمي: نشاط الإدارة، القاهرة، دار الفكر العربي،1968، ص172 .

[2] المرجع السابق، 1968، ص6.

محددة موضوعية على الأعم والأغلب، وهذه الإجازة المعطاة للفرد قد تتم في إطار النشاط المرفق، أو في إطار الضبط الإداري أو في وعاء المال العام.

وهذا المركز الخاص الذي ينتقل به الفرد من حال المنع العام، إلى حال الإيذان له وإجازته بممارسة النشاط المحظور، هذا المركز، هو عين الرخصة الإدارية وهو الأمر الذي نجده في التعريف بالرخصة من قبل الفقيه اليوناني "ميشيل ستاسينوبولس"، يقول هذا الفقيه[1] :

"Les permissions ne crée , les de nouveaux droits mains rarement en rigueur des droits préexistants: doul l'exercise a été supenow a la suite 01، interdiction de nature générale،et ensuit l'on considerer la permission comme une abolition d'une interdiction générale".

وترجمته: لا تنشئ التراخيص حقوقاً جديدة بل تقتصر عادة على تطبيق حقوق موجودة سابقاً، وقد علقت ممارستها بحظر في طبيعة عامة، ومن ثم يمكن اعتبار الترخيص بمثابة إلغاء الحظر عام.

وفي نظرنا أن هذه الإزاحة والكسر للحاجز الإجرائي المانع في السمة العامة، هذه الإزاحة تسمح لنا باستنباط قاعدة تفسيرية ذات طبيعة عارضة وطارئة وفي أضيق الحدود.

---

[1] Michel. D. Stassinopoulos:Traité des actes administratifs, 1954, Athènes،p 89.

وبيان ذلك أن هذا الحظر العام يتحرك في إطار قاعدة مساواة دستورية (مساواة المواطنين أمام القانون)، وبالتالي فإذا ما أتيح للإدارة كثر هذا الحظر، فهذا الأمر يتم من خلال ثغرات ضيقة ومحدودة وتخاطب المرخص له لا لذاته بل لصفاته، والقول بغير ذلك يعني إقامة نظام امتياز لصالح هذا المرخص له.

وفضلاً عن ذلك فالمراكز القانونية في القانون الإداري تتوشح بالسمة الآمرة لتعلقها بالنظام العام، واختراق هذه الهيكلة الآمرة يجب أن يفسر في أضيق الحدود.

وما يوضحه المثال لا يوضحه المقال، فالترخيص لفرد يمارس نشاط خاص، إنما هو خروج على حرية العمل أو التجارة، يقترب من حالة الاحتكار الممنوع والمحظور قانوناً، والأمر نفسه بالنسبة للترخيص بقيادة السيارة، أو يفتح محل مقلق للراحة، وغير ذلك من الأمور.

فهذه التراخيص تخرج عن مقتضى النظام العام، وتدخل في إطار إباحة ما هو محظور، وبالتالي يفسح المجال للتفسير الضيق.

ونعود لنؤكد أن هذا السماح المتفرع على المنع والحظر، قد يتم في إطار النشاط المرفقي، فيصطبغ بميسمه، يتحدد بأمر آلياته وغاياته، والعكس فقد يكون أداة الضبط الإداري وأحد تجلياته ومظاهره وغاياته.

وقد يبدو للوهلة الأولى أن الوظيفة المرخصة لا تتحرك إلا في إطار الضبط الإداري، لأن هذا المنح الذي يتحرك إثر المنع هو أدخل ما يكون في الوظيفة الضابطة.

بيد أن التأمل ملياً في الموضوع يتأكد له أن الترخيص يكمن أن ينشأ على صعيد المرفق العام الإداري لسبب بسيط هو أن الترخيص لشخص بتقديم حاجة عامة كما هو الحال في الترخيص (بكشك) في محطة القطر أو في بناء حكومي، هذا الترخيص يجد حقيقته بالحركة بعد الحظر، ثم يتحدد المضمون القانوني بإذن وإجازة خاصة للمرخص له، وبذلك لا يختلف الترخيص ماهوياً على صعيد الضبط الإداري عنه على صعيد الترخيص في الطبيعة المرفقية.

ذلك أنه من المفروض أن يتساوى الأفراد أمام القانون فيما يتعلق بمزاولة النشاط الخاص، وأن أي ترخيص خاص لفرد باتباع حاجات عامة هو الخروج على قاعدة المساواة بآلية الإذن الخاص أو المنح الخاص الخارج على المنع العام، وفي جميع الحالات فهذه الخصوصية هي خصوصية موضوعية، وليست ذاتية أي خصوصية الصفة في المرخص له وليس لحقيقة ذاتية.

ونظام الغاية هذا يلعب دوراً هاماً في حياة الرخصة ومضمونها تبعاً لما إذا كانت تخدم الوظيفة المرفقية أم لا.

فالوظيفة المرفقية »«وهي تقدم الحاجة العامة فتقوم على أساس مقابل مالي، وفي الوقت نفسه فالإدارة غير ملزمة بممارسته اللهم إلا في إطار المسؤولية السياسية العامة.

والأمر على خلافه بالنسبة لوظيفة الضابطة بالإدارة دائماً ملزمة بهذه المهمة حتى إذا تخلت عنها إلى الأفراد (هذا التخلي محدود ويقتصر على حال التزام المرافق العامة) كان هذا التخلي استثنائياً هذا فضلاً عن أن الوظيفة الضابطة لا تقوم على أساس مقابل مالي.

وحقيقة الأمر فإن كلامنا عن الترخيص في مجال الضبط أو المرفق فإنما هو كلام يسعى لتجديد المجال الذي يحتضن الترخيص.

ومع ذلك فهنالك تصنيف آخر للترخيص ذاته لجهة تصنيف القرارات الإدارية تبعاً لمضمون القواعد القانونية.

وهكذا فقد قام "مودستان" بإجراء تقسيم القرارات الإدارية تبعاً لما إذا كانت تأمر ordonnent أو تحظر empêchent أو ترخص bermettent أو clomificelir des actes administratif أو تعاقب punishment[1].

ويرى الفقيه "اندريه دي لوبادير" أن وظيفة الترخيص تدخل في الوظيفة الرقابية للدولة[2].

و**الخلاصة** أن النشاط الترخيصي نشاط خاص للإدارة سواء مورس في إطار الضبط الإداري أم المرفق العام أم تحرك على وعاء المال، والقول بغير ذلك يعني رفض الكلام عن نظرية عامة للرخصة الإدارية وفي الوقت نفسه أمكن التحدث عن مظاهر وأشكال وتجليات[3] للرخصة غير موحدة الطبيعة والماهية والجوهر، وإن كان النظام الغائي له أثره في تلوينات الرخصة وتجلياتها الشكلية دون الخروج عن الجوهر والماهية الذين يشدان التلوينات والمعالم إلى الأصل المشترك.

---

[1] ميشيل ستاسينوبولس: المطول في القرارات الإداري، ص82.

[2] المرجع السابق، ص82.

[3] نقصد بهذه الأشكال الرخصة القائمة على الأوامر والرخصة العقدية – والرخصة وليدة القرارات العادية.

هذا وننوه استطراداً بأنه إذا كانت الرخصة تعني « تقنية وصيغة» الانتقال بالنشاط من حال السكون إلى حال الحركة، أو من مجال الحظر إلى مجال الإباحة، إذا كان الأمر كذلك فإن وجود «في إطار الرخصة» حالات تمنع الانتقال بالنشاط الفردي من الحركة إلى حال السكون هذه الحالات أو الصيغة الجديدة لا تدخل بالصيغة العامة لرخصة ولا تعتبر خروجاً عنها ولا إخلالاً بماهيتها وحدها التام، بل إن هذا الأمر ما يكون في الالتزامات الملقاة على المرخص له.

ومظهر ذلك أن تحظر النصوص على صاحب الرخصة التخلي عن النشاط المرخص باعتباره أقرب ما يكون إلى الانتظام في إشباع الحاجة العامة، وكما هي الحال «على سبيل المثال» فيما نصت عليه الأحكام التموينية في سوريا يمنع أصحاب المصانع والتجار الذي ينتجون أو يتجرون في السلع، منعهم من أن يتركوا أعمالهم أو يمتنعوا عن ممارسة تجارتهم (المادة 26 من القانون رقم 123 لسنة 1960 الخاص بشؤون التموين والتسعير المعدل بموجب المرسوم رقم 158 لسنة 1969).

بقي علينا بعد ذلك أن نطرح السؤال التالي: ما هو النظام الشكلي للرخصة؟.

ما هي طبيعته وما هي الجهة التي تصدره؟.

وننوه استطراداً بأن التعبير أو الإفصاح عن الإدارة المنشئة للرخصة الإدارية يتم على سبيل الحصر بآلية العقد أو القرار الإداري.

وبالطبع فهذا الإفصاح لا يعني أن الأداة القانونية عقداً كانت أم قراراً تمتص الرخصة وتستوعبها الأمر الذي يؤدي إلى اختزال الرخصة إلى صيغة هاتين

الأداتين القانونيتين، ولا تبسطها إلى هذا الحد، ومن ثم النظر إليها وردها في النهاية إلى النظرية العامة للقرار الإداري أو النظرية العامة للعقد الإداري.

ولا شك أن هذا التبسيط يرفع ويزيل كل مبرر لدراسة الرخصة ويدفعنا إلى تسقط أخبارها وتلمس مسائلها في المظان السالفة الذكر.

ويقيناً أن حقيقة الرخصة وجوهرها وماهيتها الذاتية تكمن في نظام المنح بعد المنع، فهذا النظام هو الذي يضفي خصائصها ويمنح مقوماتها، فعلى سبيل المثال قد تعطي الرخصة لاعتبارات شخصية، كما هي الحال بالنسبة للرخص المتعلقة بالمواد المخدرة التي تمنح فقط للصيادلة.

والأمر نفسه بالنسبة لرخص السلاح[1] أو الترخيص للأجنبي بدخول البلاد وغير ذلك من الأمثلة التي تتأبى على التحديد والحصر.

هذا وسيزودنا هذا البحث بالأمثلة العديدة التي تسمح بالقول بأن العديد من التطبيقات الخاصة تظهر على صعيد الرخصة مثل إغلاق المحلات المرخص بها فيما لو أخلت بشرط الترخيص، وبالعكس فقد يفرض الترخيص على صاحب الرخصة والاستمرار في تقديم الخدمات والسلع فيما لو اتصلت هذه الرخصة بالحاجات العامة.

ويمكن القول أن نظام الترخيص«وهو المنح بعد المنع» هو الدولاب الذي تدور عليه هذه الظاهرة القانونية، وليس التصرف القانوني الذي تعبر عن نفسها، هذا فضلاً

---

[1] هذه السمة الشخصية للرخصة أوضحتها محكمة النقض السورية (الغرفة الجزائية) في حكمها رقم/1096/، تاريخ 1984/6/6 القضية رمز/791/، لعام 1984، المنشور/5/في مجلة المحامين لعام 1985، قاعدة رقم/36/وقد جاء فيها: أن رخصة السلاح شخصية ولا يستفيد منها إلا المرخص له بالذات ولا يجوز أن يحمله بدون رخصة.

عن أن معظم مسائل القانون الإداري فقد تجد تقنيتها من خلال تصرف العقد أو القرار.

وبالطبع فهذا لا يمنع قيام حركة جدلية بين آلية الترخيص والأداة القانونية قوامها التأثير الفعل والانفعال، بل يمكننا القول أن الترخيص يغني العقد الإداري أو القرار الإداري ويقدم المادة اللازمة للإخصاب والشراء والحيوية، والمسألة في النهاية ترتد إلى العلاقة الجدلية بين الشكل والمضمون الصورة والمادة الجسد والروح، وهي علاقة تجد مداها وانعكاسها في كافة مجالات العلوم الإنسانية.

وهنالك ملاحظة أساسية جديرة بالتنويه والإيضاح، وهو تركيزنا وقولنا أن ماهية نظام الرخصة تكمن في حركة الانتقال من المنع إلى الإباحة.

ففي دائرة هذا الانتقال يتحدد مضمون الرخصة وجوهرها وطبيعتها الذاتية، أي أن هذه الدائرة هي التي تفهم نظام الرخصة وماهيته المميزة.

ويترتب على ذلك نتائج أهمها ما تعلق بحركة القرائن القانونية أي نظام السعة المعطاة للإدارة في هذا المقام.

فالترخيص لفرد بإقامة بناء يتصل بحقيقة أساسية هي حق الملكية، وهذا الحق كما هو معلوم موضع الحماية الدستورية وهو لب التجميع الحضاري البشري، ومن ثم فإذا كان المنع من البناء إنما يجد مناطه ومظانه في حماية النظام العام ليس إلا، فالإدارة تتخذ من التدابير ما يكفل لها وذلك ليس إلا وخارج هذه الحماية لا تستطيع أن تضع من القيود ما يبهظ الفرد، ويعطل حق الملكية.

والسؤال المطروح هو: ما قيمة حق الملكية إذا كما نبهظه ونثقله بالإجراءات التي تؤدي إلى تعطيله لا تنظيمه.

وإذا كان هذا مركز الإدارة في منح رخصة البناء، فالأمر يختلف من مظنة لأخرى كالترخيص الأجنبي بأن يقيم منشأة في البلاد، فهنا تدخل عناصر جديدة تتعلق بحماية النظام العام بصورة أشد من الترخيص للمواطن العادي.

والأمر نفسه بالنسبة للترخيص بحمل السلاح، أو للترخيص بإقامة (بوفيه) في مبنى حكومي أو الترخيص لفندق.

فدواعي هذه التراخيص سعة وضيقاً، صلابة وإسلاساً يختلف من مظنة إلى أخرى، وهذا هو معنى قولنا إن جوهر الترخيص يكمن في المنح بعد المنع بما يتفرع على هذه الحركة من نتائج يختلف من حال إلى آخر.

بقيت علينا نقطة أخرى وتتعلق بالتفسير الضيق الذي سبق الإشارة إليه.

وبالطبع فنحن نقصد من هذا التفسير الضيق ما تعلق بمضمون الرخصة، فهنا تنتصب قرينة التفسير المضيق، ما بشأن إعطاء الرخصة ذاتها فحركة القرائن تختلف حسب المجال الذي تعطى من أجله الرخصة تشدداً ويسراً.

وفي نظرنا إن هذا الإسلاس والجمود والتوسع والضيق، والمرونة والصلابة، هذا الأمر هو عين ماهية الرخصة الإدارية، وعين الصياغة، وفي الوقت نفسه عين عبقرية القانون الإداري، ذلك السر العجيب في تحقيق ملاءمات لا حصد لها، والسعي نحو تجذب، تحققات وصيغ وأشكال لا على قولبتها ونحيطها بصورة مسبقة اللهم إلا في إطار المواءمة المرنة لنقطة التوازن الدقيقة بين الصالح العام والصالح الخاص.

ما أسباب قيام ظاهرة الرخصة في القانون الإداري ومعيارها- مجالاتها، وفي الحقيقة أن أسباب قيام أية ظاهرة قانونية هو جواب على سؤال، لماذا نشأت هذه الظاهرة؟.

أما معيار وجودها، فهو الجواب على سؤالنا، متى توجد الظاهرة؟، وأخيراً نقصد بمجالات الرخصة المكان والأنشطة الإدارية التي يمكن أن تظهر وتتخلق بها الرخصة.

ولنعد إلى سؤالنا الأول وهو: ما هو أسباب قيام الرخصة الإدارية؟.

وحقيقة الأمر أن تفكيك هذا السؤال والإجابة عنه يتحدد من خلال عرضنا لبعض أوجه ومظاهر الرخصة، وهي مظاهر يخطئها الحصر: الترخيص للمحلات المقلقة للراحة – الترخيص بأشغال الطرق العامة – الترخيص بإقامة أكشاك على الطرق العامة – الترخيص للأجنبي بالدخول إلى البلاد – الترخيص للمواطن بمغادرة البلاد – تراخيص السلاح – تراخيص الآبار – تراخيص المقالع – تراخيص الاستيراد – تراخيص البناء – تراخيص صنع الأدوية وبيعها- التراخيص المتعلقة بالصحة العامة.

وبيان ذلك أن الإدارة قوامة على النظام العام بشعبه وأبعاده الثلاثة: الأمن العام- السكينة العامة- الصحة العامة، وهي من أجل ذلك تتخذ تدابير وقائية حاظرة ومانعة كسياج لحماية المجتمع، ولكنها في الوقت نفسه تخرج من هذا الحظر متيحة الفرصة للنشاط الفردي، بالعمل ضمن التقييد والتنظيم والضبط والتحديد الذي تضعه على هذا النشاط.

هكذا تسمح للمحل الذي يصدر ضجيجاً بالعمل ضمن شروط وأوضاع وأوقات وحدود فنوفق بذلك بين مقتضى السكينة العامة ومقتضى حرية النشاط الفردي.

والأمر نفسه بالنسبة للرقابة على المطاعم أو المأكولات أو المياه حفظاً للصحة العامة.

ويدخل في حكم ذلك السماح للأجنبي بالدخول إلى البلاد، في أوقات محددة ولمدة معينة، وبعد التأكيد من عدم خطره على سلامة البلاد.

وهكذا يكمن وراء كل رخصة حكمة معينة وسبب محدد، وهو الأمر الذي يستدعي قيام تنظيم قانوني معين يحدد شروط الحصول على الإذن والأدوات القانونية التي تضطلع بهذه المهمة.

ولا يمكن التحدي والقول بأنه يكفي الاستعانة بالأدوات القانونية في القانون لسبب بسيط هو أن ظروف إملاء القرار الإداري في مجال الوظيفة العامة والتأديب أو غير ذلك، هذه الظروف تختلف عما هو الحال بالنسبة للظروف التي تملي الرخصة بل إن ظروف الرخصة لا تحدد فحسب شروط إعطائها وأوضاع هذا الإعطاء ومدته وغير ذلك من الأمور، بل هي نفسها تحدد سلطة الإدارة وما إذا كانت مقيدة أي تنتمي إلى السلطة التقديرية.

وفضلاً عن ذلك فالظروف المذكورة قد تحدد الأداة القانونية، وما إذا كانت بآلية القرار الإداري أم العقد الإداري، حيث يظهر ذلك جلياً في مجال أشغال الأقوال العامة كما سنوضحه.

بل وأبعد من ذلك بكثير فقد يغدو منح من الأهمية بمكان الأمر الذي ينبري به المشرع الدستوري للتدخل ووضع القيود على ذلك، وهو ما نجد مثاله في منح تراخيص التزام المرافق العامة.

فقد تنهض الحاجة إلى منح التزام إلى شخص عادي للقيام بتأمين حاجة عامة كما هي الحال بالنسبة لشركات المياه أو الغاز أو النقل أو استثمار الموارد الطبيعية كاستخراج الملح أو البترول أو المعادن أو صيد الأسماك وغير ذلك.

فعلى سبيل المثال تنص المادة/ 98/من الدستور المصري الصادر في عام 1956 على ما يلي:

ينظم القانون القواعد والإجراءات الخاصة بمنح الالتزامات المتعلقة باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة (ترددت في المادة/30/من دستور 1958 وهو الدستور المؤقت الذي سرى على القطر السوري).

وقريب من ذلك ما تضمنته المادة/ 71/من الدستور السوري الصادر عام 1973 فيما يتعلق بمنح امتيازات للشركات أو المؤسسات الأجنبية.

إذن لم يبق لمستزيد مجال للقول بعدم أهمية هذه الظاهرة وثقلها وحضورها وضرورة تنظيمها، وروح المجال الذي تعمل به وتدور حوله وتتحرك فيه، وهو أمر يتجاوز الأداة القانونية (القرار الإداري أم العقد الإداري).

وبيان ذلك أن هنالك فارقاً جوهرياً بين الأداة القانونية قراراً كان الأمر أم عقداً وبين روح الرخصة.

فالأداة القانونية هي الوسيلة ليس إلا في حين أن الترخيص ينزل من الأداة منزلة العلة الغائية والسبب والروح، أجل الروح، روح المجال، لأن ذلك يتيح لنا أعمال قواعد التفسير في كل مجال ومظنة من مجالات الرخصة ومظانها.

وما يوضحه المثال لا يوضحه المقال:
فالرخصة المعطاة للأجنبي للدخول إلى البلاد تقترب من المكنة إلى الوسيلة الإدارية وبالتالي فهي تفسر تفسيراً مضيفاً في حين أن تجوال المواطن في بلدة أدخل بالحريات العامة ولا يمكن أن يكون موضوعاً للرخصة، وإذا حدث ذلك يجب تفسيره في أضيق الحدود.
والأمر نفسه بالنسبة للحصول على رخصة من أجل البناء فهذا الأمر يدور حول ذلك حق الملكية، ولا يمكن أن يهبط الترخيص إلى مستوى المكنية، بل يجب أن يقيد بقيود موضوعية تتفق مع حق الملكية وإلا دخلنا في دوامة تعطيل هذا الحق.

وهذا ما يمكن الأخذ به بالنسبة للتنقل في حديقة عامة مقابل إعطاء شخص رخصة إقامة (كشك) في هذه الحديقة، فنحن في الحال الأولى أمام استعمال عام collective utilization أقرب ما يكون إلى الحريات العامة التي لا يجوز تعطيلها، وكل ما يمكن أن تقترن به هو التنظيم لا التعطيل، التنظيم الذي يتم بأداة موضوعية وللكافة.

والأمر على خلافه بالنسبة لإقامة كشك فنحن هنا حيال استعمال خاص يؤدي إلى تقييد النفع العام ولهذا لا بد من وضع الضوابط عليه، بل وإلغائه مجرد التعارض مع حقيقة النفع العام.

وبقي علينا السؤال الآخر: ما هو معيار الرخصة أي متى يتحقق أسباب وجودها كما قلنا سابقاً فالمعيار هو الحظر العام، ثم منح ثغرة في جدار هذا الحظر.

ولكن الأهمية تبدو واضحة بالنسبة لمجالات الرخصة، وهل الأمر محصور في مجال الضبط الإداري، أم يتعداه إلى مجال النشاط المرفقي.

وفي حقيقة الأمر إن مقصد الأمر على المجال الضبطي يحول دون التحدث عن نظرية عامة للرخصة الإدارية أي التحدي بنظرية تتغلغل كافة في مجالات القانون الإداري.

ذلك أن المنح بعد المنع، غير مقصور على مجال الضبط، بل قد نجد مظانه في مجال النشاط المرفقي.

ولقد ضربنا مثلاً على ذلك في التزام المرافق العامة، هذا الالتزام الذي يتيح لفرد ما تسيير مرفق عام تحت إشراف رقابة الإدارة.

والأمر نفسه بالنسبة لإشغال كشك في مبنى حكومي أو الترخيص بفندق في مطار تشجيعاً للسياحة فنحن هنا أمام تقديم حاجات عامة وقد تم تنظيمها وإناطة هذه المهمة بالأفراد العاديين.

المدلول العام الوضعي للرخصة
ومسألة تميزها من بعض الظواهر القانونية

ما هو المعنى الفني والدقيق proprement à للرخصة في القانون الإداري؟؟

وبمعنى أوضح ما هو المفهوم الإداري للرخصة جرياً على أن هنالك مفهوماً مدنياً وآخر جزائياً.

قبل الإجابة عن ذلك لا بد من التدليل بأن الرخصة بالمعنى الموسع Lato sensu تعني مكنة faculté أي قدرة تعط للشخص أن يعمل أو يمتنع عن العمل، وهذا المعنى الموسع ليس من اهتمامات القانون الجزائي لسبب بسيط هو أن القانون لا يعنى إلا بالتكييف القانوني للفعل، وهل هو مشروع أم لا سواء اعترف القانون لمرتكبه بالحق في إتيانه أم برخصة في ذلك[1].

ولكن هل هنالك مفهوم مدني للرخصة؟...

أجل كما ذكرنا أن المعنى الايتمولوجي (أساس النشأة) اللغوي لهذه الكلمة يعني حرية أو مكنة التصرف وعدمه، وفي نظرنا أن هذا الأساس اللغوي لا يزال يلقي ثقله وبصماته على تلوينات الأجهزة المفاهيمية في كافة مجالات القانون.

بيد أنه يمكن تحديد مجريين عميقين لهذا الجهاز المفاهيمي في دائرة القانون الوضعي، وهذان المجريان هما إمكان التصرف في دائرة السلطة الواقعية للفرد، أو في دائرة السلطة القانونية.

---

[1] عبد الهادي عباس: المراكز القانونية، دار النهضة، دمشق، ط1، 1988، ص241.

وبالطبع فهذه السمة الواقعية للفرد المسربلة بالحرية والخيار لا يمكن أن تزود بالحماية القانونية أي تسلح بدعوى يحميها ويدافع عنها القضاء، وتمارس ضد الآخرين.

ومن هنا قيل بأن الأعراف العادية للناس عامة والالتزامات الطبيعية تستطيع تكوين قدرات، ولكن هذه القدرات ليست سوى مجرد خطوة في الطريق للحق[1].

على هذا الأساس فشلت بعض المجالات لاعتبار القدرة الواقعية حالة متدرجة من الحق un état dégradé du droit من أجل شرح بعض المراكز القانونية، كأن يبيع زيد عقاراً لعمرو وقبل أن يتمكن هذا الأخير من تسجيل سنده يعمد زيد لبيع العقار لشخص ثالث.

هذا النعي لتأسيس الحق على مجرد السلطة الواقعية الصرف نجده في المادة/907/من القانون المدني السوري التي عرضت للحيازة بقولها: لا تقوم الحيازة على عمل يأتيه شخص على أنه مجرد رخصة من المباحات، أو عمل يتحمله الغير على سبيل التسامح.

ونجد مقاربة لذلك في نص المادة/2232/من القانون المدني الفرنسي المتضمنة ما يلي: إن الأعمال التي يأتيها شخص على أنها مجرد رخصة من المباحات والتسامح البسيط لا يمكن أن تقيم لا حيازة ولا اكتساب حق بمرور الزمن.

ولقد أسهم "الدكتور عبد الرزاق السنهوري" في توضيح هذا المعنى بقوله: ((إن الأعمال التي يأتيها شخص على أنها مجرد رخصة من المباحات هي أعمال يكون

---

[1] المرجع السابق، ص241.

للشخص الحرية التامة في أن يأتيها أو لا يأتيها، فإذا أتاها لم يكن لأحد أن يمنعه فهو إذن في إتيانه لا يتعدى على حق لأحد ولا يتحمل منه أحد هذا العمل، بل إن العمل محض رخصة يأتيها وما هو في إتيانها حاز حقاً لأحد، ولو مجرد حيازة مادية، ولا هو من باب أولى توافر عنده عنصر قصد استعمال حق لأحد ومثاله لو أقام شخص حائطاً على حدود ملكه يفصل بينه، وبين جاره، ويفتح في هذا الحائط منوراً مستوفياً لشروطه، فهو في فتحة للمنور إنما أتى رخصة من المباحات، ولم يقصد الاعتداء ولم يقع بها فعلاً اعتداء، فلا تقوم له حيازة في هذا الحال، ولا يكتسب حقاً قبل الجار، ويجوز للجار حق لو بقي المستور مفتوحاً مدة خمسة عشرة سنة أن يقيم حائطاً في حدود ملكه يسد به النور، ولا يجوز لصاحب المنور أن يتمسك بأنه اكتسب حق فتح المنور بالتقادم)).

ومثل آخر للرخصة الواقعية أن يفتح مطلاً مستوفياً لقيد المسافة، فهو في ذلك إنما يستعمل رخصة في حدودها القانونية ثم يجوز لصاحب العقار المجاور أن يقيم حائطاً في حدود ملكه دون أن يبعد عن هذه الحدود بالمسافة القانونية، لأن صاحب المطل لم يكتسب حقاً قبل جاره يفتح المطل.

أما أعمال التسامح acte de tolerance، ومثالها لو استعمل صاحب أرض محبوسة ممراً له عبر أرض الجار الذي يتسامح المالك فيه فرخص ترخيصاً ضمنياً أو صريحاً لجاره بالمرور دون قصد اكتسابه هذا الحق، وإنما لمجرد حسن العشرة ومراعاة حسن الجوار.

وتجدر الإشارة إلى أن القانون الإداري لا يعدم وجود هذه السلطة أو المكنة الفعلية التي تبقى خارج دائرة القانون أي خارج دائرة إنشاء المركز القانوني[1] .

نجد مصداق ذلك في ظاهرة التسامح الإداري العارض الذي لا يرقى إلى مستوى إنشاء مركز للفرد قبل الإدارة مهما امتد به الزمن، وفي ذلك تقول محكمة القضاء الإداري في مصر: ((إن إضطراد تسامح الإدارة مع الأفراد على نحو معين مخالفاً للقانون لا يمكن أن يولد لهؤلاء حقاً مكتسباً، حيث لا ينشأ عرف ملزم على خلاف القانون، مهما تكررت الحوادث المماثلة، أو تكررت الحلول لهذه الحوادث))[2] .

وقول هذه المحكمة: ((إن أصحاب المحلات العمومية الذين تقع محلاتهم في أحياء أصبحت غير جائزة الترخيص لها في بيع المشروبات الروحية فيها ملزمون بتنفيذ أحكام هذا القانون، وما يقتضيه من بيع المشروبات الروحية فيها ملزمون الإدارة قد تسامحت في هذا التنفيذ فأرجأته سنة امتدت إلى سنوات، فليس هذا يكسب أصحاب المحلات حقاً في استعمال محلاتهم لبيع الخمور))[3] .

وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا في مصر هذا المبدأ بقولها: ((ومن حيث أنه على مقتضى ما تقدم يكون نشاط صيارفة البحر مجانباً للقانون، وبعد الترخيص به مخالفاً لأحكام النقد، فإذا كانت الإدارة قد تسامحت في تنفيذ القانون فسمحت لهؤلاء الصيارفة بالعمل رحمة بهم ورغبة في عدم تشريدهم مستهدفة في ذلك

---

[1] يراجع في ذلك كتابنا الموسوم بعنوان: نحو نظرية عامة في العرف الإداري، دمشق، مطبعة عكرمة، 1986، ص180.

[2] الحكم الصادر في 1947/11/4، الدعوى رقم 968، ص26.

[3] الحكم الصادر في نوفمبر 1947، المجموعة، ص2، حكم رقم6.

التنفيذ التيسير على أهالي بور سعيد نظراً لظروف العدوان، فليس من شأن هذا التسامح أن يكسب هؤلاء الصيارفة في مزاولة أعمالهم لمخالفة قانون النقد وتعطيل أحكامه))[1].

وإذا كانت الصيغ السابقة الممكنة لا تسمح بإنشاء المركز القانوني، فهنالك حالات لا حصر لها تعطي الفرد القدرة على إنشاء الحق أو المركز القانوني سواء في إطار العقد، أم في إطار المراكز الموضوعية الناشئة عن الإدارة الموضوعية (القانون أو العرف أو اللائمة).

ذلك أن الإباحة هي الأصل في الأشياء وبالمقابل فالإلزام أمر عارض مبعثه الضرورة، وأبعد من ذلك فالإلزام نفسه يفسح المجال لفكرة الواجب، أي فكرة التنفيذ الرضائي، وهذا هو معنى قولنا : أن القانون يلزم ولا يحتم.

على هذا الأساس، فالحياة الإنسانية تتيح المجال لفاعلية النظام الأخلاقي جنباً إلى جنب النظام القانوني، وإلى جنب القاعدة الدينية نأياً عن الإكراه الذي هو في حقيقته الذاتية وماهيته أمر تعافه النفس البشرية.

بل يكمن القول إن وراء كل إكراه تضييع لمصلحة، وهذا هو معنى قولهم: ((إذا كان الناس متساوون من الناحية المدنية civilations، فلا مبرر لأحد أن يفرض إرادته على الآخر)).

وها هو معنى الأدب النبوي الذي عبر عنه أنس بن مالك قال: ((خدمت النبي ﷺ عشر سنين فما قال لي أف قط، وما قال لشيء صنعته لِمَ صنعته، ولا لشيء تركته لِمَ تركته، وكان رسول الله ﷺ من أحسن الناس خلقاً، ولا مسست خزًا قطّ

---

[1] الحكم الصادر في نوفمبر 1947، المجموعة ص2، حكم رقم 6، ص26.

ولا حريـرًا ولا شـيئًا كـان ألـين مـن كفّ رسـول الله ﷺ، ولا شممـت مسـكًا قـطّ ولا عطرًا كان أطيب من عرق رسول الله)).

لقـد أدرك علـم القـانون هـذه الصـخرة الثقيلـة للإكـراه، فـأخـذ يخفـف مـن غلوائها قدر الإمكان، دون أن يزيل عن القانون سمته الإلزامية، فيطمس بذلك حقيقته الجوهرية.

هكذا نجد النظام القانوني يفتح الخيارات التي لا حصر لها تيسيراً للأفراد وتقريباً للقانون من فكرة الواجب وفي النتيجة تفعيلاً للحياة ودفعاً لحريتها.

فالقانون يضع نظام الانتخاب، ويفسح المجال للفرد أن يمارس خياره في تأدية هذا الواجب.

والأمر نفسه بالنسبة للتوظيف أو التحيز أو الدخول في الجمعيات أو النوادي أو الانتساب إلى الجيش وعدا ذلك من صور النشاط الإنساني.

هـذا الأمـر نطالعـه في نطـاق إبـرام العقـود أو تنفيـذها (التنفيـذ التخـييري) أو فسخها/158 مدني سوري/.

ولكن هل أن الحرية مطلقة أم أنها مقيدة نطاقاً وحدوداً ومضموناً وأوصافاً؟.

لا شك أن الجواب عن ذلك الاستفهام لصالح التقييد، والقول بغير ذلك يجعلنا نتحرك في إطار الحريات.

على هذا الأساس أمكن القول أن القانون لا يفتح بآلية الرخصة سوى خيار محدود، وكثيراً ما يلزم أن نمارس هذه الرخصة خلال مدة معينة، كما يحصل

أيضاً أن يحدد القانون لبعض الأشخاص فائدة من القدرة بإقامته قواعد عامة للحصول عليها، أو للأولوية أو الأفضلية في حال وجود عدد من المنتفعين، أو يقيم قواعد شكلية للخيار من أجل إعلام الجمهور بالقرار المتخذ، أي توجد شرائط مفروضة تحت طائلة البطلان بالنسبة للخيار[1].

وهكذا فالصخرة الصلبة والرصينة التي تقوم عليها الرخصة هي الحرية المقيدة، وهذا ما عبر عنه الفقيه "روبيه" بقوله:

"La faculté constitute une option ouverte par la loi entre differents partis déterminés qui permet a son beniefière de faire maître (oud، empecher de naitre) une situation juridique".

وترجمته: تشكل المكنة خياراً مفتوحاً بحكم القانون بين مختلف الأطراف، حيث تتيح للمستفيد منها إنشاء أو الامتناع عن إنشاء مركز قانوني[2].

وهكذا يبدو التمييز واضحاً بين ظاهرة الرخصة وبين ما يمكن أن يختلط أو يشتبه بها من مؤسسات قانونية لا سيما الحرية.

فالحرية كما هو معلوم تعطي الفرد المساواة الكاملة غير المشروطة أو السببية فيما يتعلق بإنشاء المراكز القانونية، اللهم إلا إذا تعارض ذلك مع النظام العام، وهو

---

[1] عبد الهادي عباس: المراكز القانونية، ص248.

[2] Paul Roubier: Droits subjectifs et situations juridiques.

الأمر الذي يختلف عن الرخصة التي هي امتيازات محصورة ضمن لعبة الشرائط القانونية.

هذا ولا بد من التدليل بأنه إذا كانت لعبة الشرائط القانونية تحدد ماهية وجوهر نظرية القدرة أو الرخصة، فهذه اللعبة تبدو واضحة وجلية على صعيد القانون الإداري.

وتبيان ذلك أن الحرية الكاملة لا يمكن أن تعطى للفرد، على حساب فلتان النشاط من دائرة الإدارة لا سيما أن مسرح هذه الحرية هو (الحياة الإدارية)، وهذه الحياة محكومة على الأقل من الوجهة النسبية بإرادة الإدارة باعتبارها قوامه وفي الوقت نفسه مسؤولة عن هذه الحياة إذن فنحن حيال التقاء إرادتين الأولى هي إرادة الإدارة كطرف محوري مركزي، والثانية هي إرادة الفرد المستفيد من الرخصة.

والقانون الإداري يعمل جاهداً للتوفيق بين هاتين الإرادتين في أوضاع وأشكال وصيغ وتجليات ومظاهر لا حصر لها.

وحقيقة الأمر أن القانون الإداري عامة «وفي الوضع الترخيصي خاصة» هو هذا الرنو اللا محدود لتخفيف هذه المواءمة بين الإرادتين في صيغ يخطئها التحديد والضبط لسبب بسيط هو أن المصلحة العامة لا يمكن أن تطرح في صيغة نهائية وهي أبداً ترنو إلى التطور مع ظروف الحياة.

على هذا الأساس المرن وصف القانون الإداري بأنه سر وغامض ولكنه وصف في الآن نفسه بأنه عجيب ومدهش ومثير للإبداع والحيوية والمرونة.

إذن فالإدارة من حيث الأساس حرة في منح الرخصة، والقانون يمهد الطريق لهذه الحرية من خلال السلطة التقديرية discrétionnaire، ولعل هذا الاختصاص التقديري هو أم الباب في النظرية العامة للرخصة.

وفضلاً عن ذلك فالسلطة المقيدة ضرورية للإدارة ضرورة السلطة التقديرية وبالتالي فإذا كانت الإدارة تمنح هذه الصلاحية لمواجهة الظروف المعقدة، ولتجنيب الوقوع في الرتابة (الروتين)، إذا كان الأمر كذلك فالمشرع قد يجد من المناسب وضع ضوابط وقواعد محددة للحصول على الرخصة وإذا ما تعلق الأمر بنشاط موضوعي، فيحقق بهذه المثابة المساواة بين الأفراد، ويحول دون تحكم الإدارة وفرض إرادتها في أمور تتأبى بطبيعتها التنوع، وهذا هو عين السلطة في منح الرخصة.

وهذه السلطة المقيدة هي المفتاح الثاني الذي تقرع به أبواب هذه النظرية نظرية الرخصة، وسنجد أن هذا التحاور والجدلية، بين السلطة التقديرية والسلطة المقيدة، هما المكوك الذي ينسج خيوط النظرية العامة للرخصة.

المنهج المتبع في دراسة الموضوع

«الأساس النظري وأدوات التحليل»

في الأدب المعرفي déonotologie، العلم هو معرفة الشيء على ما هو عليه.. وقريب من ذلك التعريف بالشيء بأنه النطاق الذي تضربه حول الشيء لتحديد عناصره ومقوماته.

وهذا هو رأي ابن خلدون المدلل بالقبض على طبائع الأشياء أو العناصر المركوزة في الشيء.

هذا التداعي يقودنا لطرح السؤال الآتي: ما هو جوهر وماهية هذه الأداة القانونية وما هو منهجنا في تحليل الظاهرة المذكورة وتحديد عناصرها ومقوماتها؟.

مما لا شك فيه أن لكل فكرة قانونية منهجاً خاصاً لتحليلها منهجاً ينبع من طبيعتها وجوهرها وخصائصها النوعية الذاتية، وبالتالي فإن اتباع منهج سليم لدراسة الظاهرة يقود إلى رؤية واضحة للفكرة، أو كما قيل أن عناصر الرؤية تستعيد خطوات المنهج وبالمقابل فإن خطوات المنهج تستوحي عناصر الرؤية، لا المنهج سابق للرؤية، ولا الرؤية سابقة للمنهج، ﴿وكل في فلك يسبحون﴾ يس/**40**.

أجل قلنا سابقاً أن الرخصة كأداة قانونية عقداً أو قراراً إدارياً فردياً، وبذلك فلا مجال لدراسة عناصر القراري الإداري (السبب- المحل- الشكل- المشروعية- الغرض) فهذه الأمور أدخل في النظرية العامة للقرار الإداري، ونحن في استعادة هذه الأمور «التي قتلت بحثاً» لا نعدو أن نتقوقع على أرضية التكرار والمعاودة للأمور.

على هذا الأساس فإن وكدنا وعكوفنا يتمحور في القبض ومقاربة وتلمس تلك الخصائص الذاتية للرخصة، تلك الخصائص التي تميزها من غيرها من القرارات الإدارية الفردية، وسيكون سبيلنا في تلك المقاربة والتحليل «اقتداءً برأي أرسطو» إدلاء الدلو في البئر أي في المحيط العام، ثم إخراجه متألقاً بخصائصه الذاتية.

وبمعنى أوضح فأكدنا التركيز على دراسة القانون الخاص، لا في إطار العام، وتلمس تمتمات وتضاريس الجدلية، الحوار بين الخاص والعام، قاصدين بالخاص الرخصة كقرار إداري فردي بسماته المميزة، والعام، النظرية العامة للقرار الإداري الفردي.

وكما قلنا سابقاً، فللقرار الإداري الفردي نظرية عامة، وبالمقابل فالرخصة خصوصية تمليها قوانينها وطبيعتها الذاتية ذلك الدور الذي تقوم به، وذلك النشاط الخاص الذي يبرر ويستدعي نشأة هذه الأداة القانونية.

وما يوضحه المثال لا يوضحه المقال هنالك أنشطة إدارية تحدث بلغة الأوامر orders أي بمظهر التكليف والإلزام أو الحظر، كالنشاط الضبطي مثلاً، فهذه الأوامر في آليتها وأسبابها وحركتها وأعراضها عن لغة الرخصة القائمة على المنح بعد المنع ما يستدعي التحدث عن خصائص نوعية للرخصة تتميز بها عن الأوامر كفصيلة من فصائل القرار الإداري.

وما يوضحه المثال لا يوضحه المقال: هنالك أنشطة إدارية تقوم وتتحدث بلغة الأوامر orders أي بمظهر التكليف والإلزام أو الحظر والمنع كالنشاط الضبطي، مثلاً فهذه الأوامر تختلف في آليتها وأسبابها وحركتها وأغراضها عن لغة الرخصة القائمة على المنح بعد المنع وهذا ما يستدعي التحدث عن خصائص نوعية للرخصة تتميز بها عن الأوامر من فصيلة من فصائل القرار الإداري.

وفضلاً عن ذلك، فلسنا على صعيد الرخصة أمام قطعة ملساء، وإنما حيال شكل قانوني ذو ثنايا وتضاعيف تكتسب لوناً خاصاً في كل مجال من مجالات القانون الإداري، وهو الأمر الذي يحددنا للقبض على الخيط الناظم وراء هذه الألوان المختلفة من أجل بلورة نظرية عامة للرخصة تحكم وتسوس تمثلات وتموضعات وتحققات النظرية العامة على أرض الواقع وتلونها به من خلال جدلية الخاص المحكوم بالعام والقائم المستمد من الخاص.

لهذه الأسباب فالمنهج المتبع هو تحري وتلمس هذه الظاهرة القانونية في المجالات القانونية، ومن ثم تحديد عناصر هذا المنهج ومقوماته على هذا الأساس وبيان ذلك أن الرخصة الإدارية، هي قرار إداري فردي سواء تحرك في مجال الضبط العام أم المرفق الإداري أم المال العام، أم غير ذلك من المجالات.

إذن في المبرر لدراسة هذه النظرية طالما أنها لا تعدو أن تكون تصرفاً إدارياً تحرك في مجال معين؟؟.

لا شك أن هذا التبرير يكمن بأن الرخصة الإدارية هي أولاً قرار إداري (يعمل بآلية السلطة التقديرية أم المقيدة)، وهو ثانياً تحرك في مجال معين بآلية المنح الخاص بعد حظر عام.

وهـذه السـمة الأخـيرة المقترنـة بـالقرار الإداري، أو مـا يمكـن تسـميته اللـون الخاص local color، هـي ماهية الرخصة الإدارية وجوهرها وطبيعتها الذاتية.

وبيان ذلك أن فرداً ما قد يستحصل على رخصة للانتفاع بالمال العام، ثم يقيم على هـذا المـال مشـروعاً كبيراً يكلفـه نفقـات باهظـة، فعندئـذ هـل يمكـن التـدليل والقول بأنه يحق لـلإدارة أن تلغـي الرخصـة في اليـوم الثـاني مـن الترخيص ضـاربة عرض الحائط ما أنفقه المرخص له.

والأمر نفسه بالنسبة لإبعاد الأجنبي مـن البلـد المسـموح لـه بالإقامـة المؤقتـة فيهـا، فهـذا الأمـر يختلـف في طبيعتـه وجـوهره عـن أبعـاد المـواطن الـذي يتمتـع بحقـوق دستورية تقف في وجه الإدارة.

ففـي هـذين المثـالين نواجـه مجـالين الأول هـو مجـال المـال العـام والآخـر في مجـال الضبط الإداري والآلية في الحـالتين هـي آليـة القـرار الإداري ومـع ذلـك فـالرخصـة نشأت من هذا الظرف الخاص وليس مـن ظـرف القـرار، وهـذا اللـون الخـاص هـو الذي برر نشوء الرخصة وأعطاها هذه السمة الخاصة والذي يـبرر نشـوء النظريـة العامة للرخصة.

وعلى ضوء ما تقدم، فالمنهج المحدد للدراسة يتبلور في المظاهر الآتية:

- الرخصة في مجال الدومينية العامة (المال العام).
- الرخصة في مجال الضبط الإداري.
- الرخصة في مجال المرفق العام.
- الرخصة في المجالات الإدارية الأخرى.

وإذا كـان المجـال والنشـاط الإداري يحـدد هـدف الرخصـة ركـن الغايـة في القرار ويسميها بميسمه الخاص، إذا كان الأمـر كذلك، فإن اسـتيعاب الخصائص الذاتية المختلفة لمجالات الرخصـة، وبلورتها وصـهرها في كل شـامل أمـر يتفـق مـع الـروح العلميـة الـتي لا تعنـى إلا بالكليـات والمبـادئ والنظريـات إلى جانـب اعتنائها بالروح التفصيلية.

على هذا الأساس كان لا بد من صياغة نظرية عامـة للرخصـة تسـتهدف دراسـتها وتحليلها كأداة وآلية مستقلة عن المجال الذي تعمل فيه، وهـذا الأمـر سـيقودنا إلى دراسة عدة مواضيع مثل؟ إلغاء الرخصة «سحبها» المقابل المالي...الخ.

وبمعنـى أوضـح فهنالـك منـهجان معرفيـان للدراسـة والبحـث العلمـي، أحـدهما يتأسس بالنظر، ثم يقـوم بفحـص هـذا النظـر علـى ضـوء الواقـع، أي بـالتحري عـن مدى الفرضيات والأنظار (تأسيس الواقع على النظر).

وهنالـك منـهج آخـر اسـتقرائي يـتفحص الجزئيـات، ثـم يعمـم نتـائج هـذا الفحـص (تأسيس النظر على الواقع)، وهذا المنهج كما هو معلوم منـهج العلـوم التجريبيـة – التي تعتمد التعامل مع الواقع، وتقري وتلمس معطياته.

ونحن بدراستنا ستأخذ بالمنهج الأول، حيث سنقارب نظرية الرخصة بخصائصـها العامة، أي كنظرية عامة تتحدث بلغة العموم، وعن مقولات مجردة تصح لكل أنواع الرخصة: انعقاد الرخصة – سحبها – إلغاؤها – البدل المالي...الخ.

وهذا هو موضوع الباب الأول في هذه الدراسة.

ثـم تقفـي البـاب الأول بدراسـة أخـرى تتحـرى وتتقـرى دراسـة الرخصـة في بعـض مجالات القانون الإداري، وهذا هو موضوع الباب الثاني.

ومن جهة ثالثة فإن معظم فقه الرخصة الإدارية يقع ضـمن دائـرة الضـبط الإداري ولهـذا فقـد رأيـت دراسـة الرخصـة مـن زاويـة الأداة القانونيـة (القـرار) أو المجـال (الغايـة)، هـذه الدراسـة لا تكفـي بـل لا بـد مـن تصـنيف الـدائرة ضـمن المجـال

وتعزيزها بنظرة تحليلية تفكيكية فاحصة لبعض أنواع الرخصة مثل رخصة البناء أو رخصة الفنادق أو رخصة المحلات التجارية والصناعية، وهذا هو موضوع الباب الثالث.

شكل الرخصة الإدارية

«ومسألة تحديد الجهة التي أصدرتها على صعيد القرار الإداري»

هنالك عدة أمور تدخل في دائرة ذلك الجهاز المفاهيمي القانوني، ألا وهو الشكل فما هو المقصود من هذا الجهاز؟.
قبل الإجابة عن ذلك لا بد من التنويه «بادئ ذي بدء» بالفارق بين الإجراء procedure والشكل form.

فالإجراء هو الطريق المتبع لإصدار العمل القانوني أو هو العمل التمهيدي الذي يرهص لنشوئه في حين أن الشكل هو المظهر الخارجي لهذا العمل القانوني.

وحقيقة الأمر أن هذا المظهر للتصرف القانوني يكتسي ويأخذ أوضاعاً ومظاهر متعددة.

- فكتابة التصرف القانوني عنصر شكلي فيه، وبالمقابل فالقرار غير المكتوب حقيقة قانونية قائمة وقد تتوفر بها كافة المقومات وتنتج كافة الآثار القانونية ولا تقتصر إلا إلى ذلك العنصر الشكلي ألا وهو الكتابة.

- والتعبير عن الإرادة في القرار الإداري قد يكون ظاهرياً وهو الأعم والأغلب وقد يكون هذا التعبير ضمنياً حقيقياً أو مفترضاً كما سنوضح، وقد تحتم القوانين واللوائح أن يفرغ القرار في صورة خارجية معينة (شكل القرار في ذاته)[1].
- وهنالك أشكال متعددة للقرار الإداري مثل الأوامر الملكية أو المراسيم أو القرارات الصادرة عن مجلس الوزراء.
- وقد يشترط القانون تسبيب بعض القرارات الإدارية، وحينئذ يصبح هذا الإجراء أساسياً في القرار يترتب على إهماله البطلان[2].
- الإدارة القانونية التي تنشئ التصرف القانوني، وهل هي منفردة acte unilatéral أم ثنائية acte bilatéral، أم مشتركة acte union كما قرارات اللجان أو المجالس (الإرادة المتحدة).

هذا وسنتقفى آثار هذه المظاهر الشكلية في الرخصة الإدارية، حيث نحيل الأمر إلى مظانها في القانون الإداري، إنما سنعرض للأمور الآتية:

- الإرادة المنشئة للرخصة الإدارية، وهل هي منفردة أم لا والنتائج المترتبة على ذلك ثم مسألة سريان الرخصة الإدارية ونفاذها في حق الأفراد.
- أشكال ومظاهر التعبير عن الإرادة في مجال الرخصة الإدارية وهذه هي موضوعات هذا الفصل.

---

[1] د. سليمان الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية، ص246 وما بعدها.

[2] المرجع السابق، ص253 وما بعدها.

الإرادة المنشئة للرخصة الإدارية

قلنا أن الرخصة الإدارية تفترض وجود حظر عام، ثم قيام الإدارة بالسماح لشخص معين بممارسة هذا النشاط المحظور.

وعلى هذا الأساس فصدور الرخصة يفترض وجود طلب يتقدم به الفرد المستفيد من الرخصة، بحيث لا تستطيع الإدارة إصدار مثل تلك القرارات إلا إذا كان هنالك علاقة رضائية lieux volontaire غير قائمة على الإلزام، ولكن ما هو دور إرادة الأفراد في نشأة الرخصة، وهل يرقى إلى درجة الاشتراك في تكوينها وتحديد مضمونها القانوني وأساسها الملزم أم أن الأمر يقتصر على كونها مجرد عمل إجرائي أو شرط من شروط الحصول على الرخصة؟؟.

لقد قلنا سابقاً أن الوظيفة الإدارية هي الفكرة الأم المفتاح Nation-key في حياة القانون الإداري، وقلنا أيضاً أن القرار الإداري هو العجلة الأداة التي تدور عليها هذه الحياة باعتباره الآلية التي تؤمن للإدارة هيمنتها على المرفق وتأمين سيره باضطراد وانتظام.

والقرار الإداري تبعاً لخصوبة الحياة الإدارية وضرورة تنويع العلاقة مع الأفراد قد يكون صادراً عن محض إرادة الإدارة دون أن يكون هناك أي دور للأفراد، وهذه هي الأوامر الإدارية orders، ومن جهة أخرى فهنالك الأسلوب العقدي الذي يقف الأفراد مع الإدارة على قدم المساواة، وأخيراً هنالك القرارات الإدارية التي لا تصدر جبراً على الأفراد كما هي الحال في الرخصة، ولقد استرعى هذا النوع من القرارات أنظار بعض الفقهاء، فحاولوا اسكان طبيعته وتكييفه تكييفاً يضعه خارج نطاق القرارات الإدارية.

ويميزه بأوصاف وماهيات وطبائع مستقلة عن القرار الإداري، ولعل الباعث والسبب على كل ذلك هو تلك الحرية التي يتمتع بها الفرد في الحصول على الرخصة وقبوله بها:

على هذا الأساس أطلق الفقيه الألماني "أوتوماير" على التصرفات المانحة للرخصة (ومثلها معها من القرارات مثل قرارات التوظيف) تسمية قرارات إذعان[1] acte de soummion، على اعتبار أن إرادة الأفراد تساهم في تكوين هذه القرارات وفي تحديد فحواها، ولكنها تخضع لإرادة الإدارة خضوعاً تاماً.

وحقيقة الأمر لا يمكن الكلام في مجال الرخصة عن عقد إذعان contrat de adhesion لأن هذا العقد من معطيات القانون الخاص، وهو في الوقت نفسه يفترض وجود احتكار قانوني أو فعلي للسلطة أو المرفق، ثم توجيه خطاب بالانتفاع بهذه السلطة إلى الجمهور بشروط متماثلة ومستمرة دون أن يتقيد هذا الاحتكار بأية قيود أو قواعد اللهم إلا المصلحة العامة.

وعلى العكس من ذلك، فالرخصة تفترض عادة وجود تنظيم عام، والتزام الإدارة بكتلة الشرعية bloque légalité.

ومن جهة أخرى فأصحاب هذا الاتجاه لم يحددوا لنا مقدار حرية الأفراد، وهل هي مستغرقة في الإذعان أي أن لها قدراً متيناً من الاستقلال، ومن ثم إذا كان هنالك استقلال فما هو نطاقه ومضمونه وحدوده.

---

[1] مؤلفة في القانون الإداري الألماني، الطبعة الفرنسية، ج1، ص124.

حيال هذا النقض برز اتجاه آخر حاول أن يرأب النقص في النظرية السابقة، وذلك بإعطاء جرعة ودفعة من الأهمية لإرادة الأفراد بحيث يكون لها ثقل وحضور في التصرف القانوني، وهكذا فقد أطلق الفقيه الألماني "جيلينيك" على هذا النوع من التصرفات تسمية التصرفات الإدارية الثنائية أو المزدوجة bilatéraux l'admimstralifs acte، ووسمها بسمة خاصة بها suis généris، معتبراً إياها طائفة ثالثة من الأعمال القانونية تتوسط القرارات الإدارية والعقود.

ونتيجة لذلك فقد رتب «في حال انعدام موافقة الأفراد» بطلان القرار وليس مجرد كونه قابلاً للإبطال[1].

ونقطة الانطلاق لدى "جيلينيك" تتحدد بأن الدولة تملك فرض إرادتها جبراً على الأفراد، ولكنها «التماساً للمصلحة العامة» تبتعد عن ذلك مكتفية باللجوء إلى الأعمال المزدوجة، لأن هذه الأعمال تيسر لها تحديد عناصر القرار دون إلغاء إرادة الأفراد، ومن ثم ففي هذه الأعمال تلمح طرفين غير متكافئين الإدارة والأفراد بحيث تظهر الدولة على أنها الطرف الأقوى المسيطر، ومع ذلك نبقى أمام إرادتين وأمام تصرف قانوني مركب acte composée، وليس حيال تصرف بسيط.

[1] Michel. D. Stassinopoulos:Traité des actes administratifs, 1954, Athènes, p59.

أما لجهة النظام القانوني لهذا النوع من التصرف القانوني، فنحن حيال نظام مزدوج، إذ يضع أحد عناصره «وهو إرادة الإدارة» إلى القانون العام في حين تخضع إرادة الأفراد إلى القانون الخاص[1] .

هكذا يفترض "جيلينيك" وجود إرادة للأفراد تملك على صعيد الحياة الإدارية التعبير وتوليد الآثار القانونية، ويكون لها الاعتبار كقيمة قانونية وإن كانت هذه القوة أو القيمة القانونية لا ترقى إلى مستوى إرادة الإدارة إلا أنها في النهاية إرادة تساهم في إنشاء شكل أو درجة أو صيغة من صيغ التصرفات القانونية المختلفة عن العمل الانفرادي[2] acte unilatéral وعن العقد الإداري contrat admimstratif.

وهكذا يبدو الغموض واضحاً في هذه النظرية والسؤال المطروح هو: هل نحن أمام أطراف تتحاور وتتبادل التأثير والتأثر في تكوين العمل القانوني، وهل أن هذا الحوار على درجة المساواة، أم العكس وإذا لم تكن على قدم المساواة en pied égalite فما هي جرعة القوة التي يمتلكها الأفراد في تكوين هذا النوع من التصرف؟؟.

إن وجود الأطراف كما هو معلوم بعيد عن التصور إلا في العقد، وهو الأمر الذي رفضه "جيلينيك"، هذا فضلاً عن أنه غير مقبول أو مستحسن إخضاع تصرف قانوني واحد في شيء منه إلى نظام القانون العام والعكس بالنسبة للشق الثاني.

[1] د. حامد الجمل: الموظف العام فقهاً وقضاءاً، ص101.

[2] المرجع السابق، ص101.

وهنالك نظرية ثالثة دلل بها الفقيه "ليون ديجي"، ومؤداها أن مثل هذه التصرفات تنشأ عن توافق لاتفاق إرادتين accord de volonté، إرادة الإدارة وإرادة الأفراد وهذا التوافق ينشئ عملاً متحداً accord de volonté وما يطلق عليه الألمان vereinlùrgun[1].

هذا التصرف لا يعد بذاته عقداً حيث لا تواجد أطراف متقابلة تمثل مصالح مختلفة ويعمل كل طرف منها على تحقيق مصلحته الخاصة، ثم تلتقي الإرادات في نقطة التقاء المصالح parie– parti، كما لا يلزم التصرف الاتحادي كل طرف فيه بالتبادل mutelment مع الطرف الآخر، ولا تنشأ التزامات متبادلة، بل هنالك تعاون لغرض واحد corilùe حيث تتحد الإرادتان في الغرض نفسه لإنشاء أثر قانوني خارج نطاق الإرادات المتحدة ومن ثم فلا ينسب التصرف القانوني الاتحادي أي شخص من المشتركين في إنشائه، بل إلى كافة الإرادات المتحدة[2].

فهذا التصرف المتحد يقوم على صياغة قانونية خاصةtechnique jurdique بمقتضاها تتجمع أجزاء الإرادات المتعددة وتتعاون collaboration من أجل غرض معين، هو إنشاء أثر قانوني معين.

وفضلاً عن ذلك، فالمفروض بالرخصة إذا كانت تصرفاً متحداً أن تنشئ أثرها منذ اتحاد الإرادات، وهو أمر مرفوض في نظام هذا التصرف.

---

[1] د. حامد الجمل: الموظف العام فقهاً وقضاءاً، ص104.

[2] المرجع السابق، ص105.

لهـذه الأسـباب لم يعـد للنظريـات السـابقة إلا القيمـة التاريخيـة، وإن قـرار الترخـيص هـو تصـرف إداري انفـرادي unilatéral، وفي الوقـت نفسـه تصـرف شـرطي acte conditionnel لتطبيق القوانين والأنظمة.

وبالطبع فهذا الغموض الذي أزلناه ينشئ بالنسبة للرخصة الناشئة من القرار الإداري، أما الترخيص الناشئ من العقد، فهو عمل ثنائي acte bilatéral يخضع للنظرية العامة للعقد الإداري.

تقديرنا للنظام القانوني للرخصة ومسألة ماهية الرخصة الإدارية

مـن المتفـق عليـه إن الإدارة تلجـأ مـن أجـل تسـيير المرفـق العـام إلى آليـات وأدوات متعددة تبعاً للظروف والمواقف التي تملي عليها.

فقـد تجـد مـن المناسـب اسـتعمال سـلطتها الآمـرة بكثافـة وعنـد المنبـع فتلجـأ إلى أسلوب الإكراه، وأداتها في ذلك الأوامر الإدارية prescriptions.

وقد تجد من مصلحتها اللجوء إلى أسلوب التعاقد في القانون الخاص فتقف على قدم المساواة مع الأفراد، وهي حالات استثنائية في حياة المرفق العام.

وقد تتبع طريقاً وسطاً، فلا تخلع صولجانها وسلطاتها بصـورة تامـة، بـل قد يجد القـانون أن سـلطتها لا تتحـرك تلقائيـاً «بالنسـبة لتصـرفات معينـة» إلا باشـتراط إجـراء إرادي مـن جانـب الأفـراد، ومـع ذلـك فـدور الأفـراد لا يرقـى إلى مسـتوى الاشـتراط مـع السـلطة العامـة في إنشـاء التصـرف، ونحـن في مثـل هـذه التصـرفات

لسنا حيال توافق أو اتفاق في الإرادات، وإنما أمام إرادة واحدة هي إرادة الإدارة التي تعمل في إطار القانون، أما دور الأفراد فلا يتعدى شرطاً إجرائياً أو واقعياً، لإصدار قرار الإدارة الانفرادي.

وهنالك أسباب متعددة لعدم التحرك الذاتي لإرادة الإدارة من ذلك أنه ليس من مصلحة الإدارة الدخول مع الأفراد في علاقات وروابط قائمة على الإكراه والضغط، ومن ذلك أيضاً استحالة رصد ومعرفة كافة الأفراد أصحاب الشأن، هذا فضلاً عن أن تقديم الفرد لطلبه ضمان لحسن سير المرافق العامة وعدم انحراف القوامين عليها، إذ قد لا يستطيع المرفق تأمين رغبات كافة الأفراد، وعندئذ عليه أن يجري الاختيار وحصر الأولويات على أساس ضوابط وقواعد موضوعية مستمدة من ظروف هؤلاء المتقدمين.

هذه هي فيزياء الحياة والأسس المركوزة في الشيء التي تحدو القانون إلى صياغة الواقع والتعبير عنه يصدق، ومن جهة أخرى فالقانون الذي يخرج على قوة الأشياء وطبائعها ونسقها يصاب بفقر الدم، فالشلل، ثم الموت.

هنالك إذن موقعية للأفراد في بعض حالات الحياة الإدارية وهذه الموقعية لا ترقى إلى صعيد المساواة والتعاون كما في العقد، وفي الوقت نفسه، فهي ليست معدومة الأثر والتأثير في إصدار القرار الإداري كما هي الحال بالنسبة للأوامر.

ويترتب على ذلك نتيجة هامة هي أن تقديم الطلب للترخيص لا يعتبر تعبيراً عن إرادة بل هو مجرد رغبة desiraux، وباستطاعة الفرد سحب هذه الرغبة في أية لحظة كما أن هذه الرغبة يجب أن تكون قائمة عند إصدار القرار.

ولقد أسيء فهم ماهية هذه الموقعية التي يحيلها الأفراد لجهة الفن الصياغي وهو الأمر الي أبرز تلك الاتجاهات المتعددة في تكييف هذا النوع category من القرارات الإدارية، وإن كان علم القانون خرج من المعركة ظافراً ليستقر على أرضية رصينة وعلمية وسليمة هي اعتبار التراخيص قرارات إدارية فردية انفرادية، بما يترتب على ذلك من نتائج وآثار أخصها وأهمها خضوع الرخصة إلى النظرية العامة للقرارات الإدارية بكل ما تعني هذه الكلمة من معان، وترتب من آثار وأحكام ونتائج وأهم هذه النتائج هي أن قرارات الترخيص تتحرك في بؤرة سلطات الدولة وتوتراتها، أي في موقعية السلطة عند المتبع، كما هي الحال بالنسبة للضبط الإداري، القوام على حفظ النظام العام بشعبه الثلاث: الأمن العام « السكينة العامة» الصحة العامة إذن فهل يترك للأفراد المجال للاشتراك على قدم المساواة مع الإدارة في قرارات خطيرة وعميقة في حياة المرفق العام؟.

هكذا كان لا بد للرخصة أن تتحرك في محيط الموضوعية وليدة القوانين واللوائح التي تسود حياة المرفق، وهذا هو فحوى القول بأن قرار الترخيص، قرار شرطي ينتمي وينتسب إلى كتلة الشرعية، ويصبح فور نشوئه جزءاً من النظام القانوني الموضوعي.

هذا وننوه بأن قرار الترخيص ليس أمراً أو أداة تفرضه اللائحية أو النظامية، بل العكس فالذي يمليه ويفرض فلسفته ومبرراته جوهر الحياة الإدارية وماهيتها المتسمة بالاضطراد والانتظام.

فاللائحية والنظامية هي إحدى الآليات المعلولة المترتبة على بالاضطراد والانتظام ودليلنا على ذلك أن نظام القانون الخاص، يستعين باللائحية والنظامية لضبط روابطه وعلاقاته كما في عقد الزواج على سبيل التدليل، ومن النتائج المترتبة على ارتباط الرخصة بالوظيفة الإدارية، إن الآثار والروابط والنتائج المتفرعة على هذه

الرخصة تخضع للقانون العام بسبب اتصال هذه الآلية – الأداة (الرخصة) اتصالاً عميقاً بحياة المرفق العام، وهذا ما يعني أن القضاء الإداري هو المختص بكل نزاع يتعلق بهذه الإدارة، لأنه الأكثر فقهاً وفهماً بهذه الروابط والآثار المتولدة عنها .

وخضوع الرخصة لكتلة الشرعية، يعني أن الجولة تستطيع تعديل وإلغاء المراكز القانونية الموضوعية العامة situations objectives، دون أن يتحدى الفرد بأي حق أو مطلب تجاه ذلك[1] .

وكما قلنا سابقاً فدور الأفراد لا يعدو التعبير عن رغبته في الحصول على نشاط فهو شرط إجرائي سابق على صدور القرار بالترخيص، وبالتالي فإن عدم تحقق هذا الشرط يجعل القرار باطلاً لقيامه على إجراءات باطلة أساسية، وليس لوجود عيب في إرادة الفرد طالب الرخصة.

ويتضح من ذلك أن نظام الرخصة تقرره القوانين واللوائح، وهذا النظام يتحرك فور صدور الرخصة ودون اشتراط الاتفاق عليه بين الإدارة وطالب الترخيص، وسواء أكان الأمر يتعلق بسلطة مقيدة للإدارة lieé أم بسلطة تقديرية discrétionnaire.

وبمعنى أوضح فقرار الترخيص، هو قرار إداري انفرادي شرطي للدخول في نظام الترخيص الموضوعي دون أن يتعلق صدور هذا القرار على قبول صريح أم ضمني من طالب الترخيص أم على شرط موقف أو شرط فاسخ يتطلبه النظام، بل إن النظام القانوني يسري بقوة القانون فور نشوء الرخصة.

---

[1] طبعاً ليس المقصود المركز الذاتي المتولد عن الرخصة ذاتها، وإنما المراكز الموضوعية للنظام القانوني.

وبصورة عامة لا يجوز للإدارة أن تصدر رخصة مضافة إلى أجل مستقبل، وهذه هي القرارات المبتسرة andicfeé لدى قضاء مجلس الدولة الفرنسي.

وتعليل ذلك أن الحرية المخولة للإدارة في منح الرخصة يجب أن تتوفر بعد أن تزن الإدارة الوقائع المتعلقة بحياة المرفق قبل إصدار الرخصة، وليس بعد ذلك، لا سيما أن هذه الوقائع تخضع لتغير مستمر.

وفضلاً عن ذلك فالقرارات المبتسرة تتعارض مع قواعد الاختصاص، إذ قد يتغير رجل الإدارة الذي أصدر القرار المبتسر، وقد يكون هذا القرار صادراً عن اختصاص تقديري لرجل الإدارة، وقد تنتهي خدمته عند تحقيق الواقعة المستقبلية وعندئذ نفرض على رجل الإدارة الجديد قراراً يتعارض مع سلطته التقديرية ووزنه وتمحيصه للوقائع والأمور.

وهنالك ملاحظة جديرة بالتدليل والإشارة عند كل حديث يتعلق بماهية الرخصة، هذه الملاحظة هي ما إذا كانت الرخصة «وهي قرار إداري انفرادي نضاح بالسلطة العامة» تنتمي إلى أعمال السيادة acte souviereing.

وحقيقة الأمر أن هذه المسألة حسمت بالنفي على صعيد الفقه فقد نفى الفقه الإداري القول بأن الرخصة من أعمال السيادة حتى ولوكان المرخص يحمل السلاح[1]، بل سار إلى أبعد من ذلك أي للتأكيد على مشروعية الحصول على الرخصة والتزام الإدارة بمنحها كلما تحققت الشروط الموضوعية القانونية[2].

---

[1] د. عبد الفتاح حسن: قضاء الإلغاء، 63-143 – 144.

[2] محكمة القضاء الإداري في مصر: 1972/2/21، س3، ق43، ص338، والمحكمة الإدارية العليا في مصر: 1971/2/20، س16، ص167، ق25 و 1975/4/5، س20، ص320.

وبالمقابل فقد أطرد القضاء الإداري في مصر على اعتبار قرارات الحكومة في إبعاد الأجانب ليست من أعمال السيادة سواء أكانت جنسيتهم معلومة أم غير معلومة، وكذلك قراراتها في حجزهم إلى أن يتم الإبعاد[1].
وفضلاً عن ذلك فالترخيص «وهو في حال إباحة بعد منع» لا يمكن أن يتصل باستقرار الجماعة وبذلك فليس هنالك أية صلة بين هذه الظاهرة القانونية وبين الأوامر العرفية التي هدفها ومناطها ومبرر قيامها الحفاظ على كيان الجماعة.

على هذا الأساس يصبح التساؤل عن الأمر العرفي الصادر في 1976/6/24 برقم 2/9/168 عن نائب الحكم العرفي في سوريا بشأن إقامة بناء دون ترخيص، يصح التساؤل عن علاقة ذلك بكيان الجماعة، وفي حال انعدام تلك العلاقة يصح التساؤل عن انعدام هذا الأمر غير المحمول على أغراضه ولنا عودة إلى مناقشة هذا الموضوع.

ويترتب على اعتبار الرخصة قراراً إدارياً وليس عملاً حكومياً acte souvereing أنها تخضع للنظرية العامة للقرار الإداري بكل ما تعني هذه الكلمة من معنى وبالمدلول الواسع lato sensu بما يترتب على ذلك من نتائج أهمها أن مقومات الرخصة وأركانها وعناصرها المكونة هي أركان القرار الإداري: السبب- الغاية- شرعية الرخصة- المحل- شرط الشكل والإجراء.

وبذلك فهذه الرخصة تخضع للرقابة القضائية إلغاء وتعويضاً وتمتد هذه الرقابة على الأركان السالفة الذكر.

---

[1] هنالك قضاء إداري غزير في مصر من ذلك حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في 1956/3/7، الدعوى رقم/4079/لسنة 7، ومجموعة أحكام المجلس السنة العاشرة، ص234.

وهنالك ملاحظة ختامية مفادها أن كون الرخصة قراراً إدارياً انفرادياً يعني أن نشوء هذه الرخصة وانعقادها يتم بتحقيق الإفصاح عن إرادة الإدارة ليس إلا، وحتى لو أن هذا الإفصاح لم يصدر إلى الفرد صاحب العلاقة في الرخصة، وبذلك تختلف الآثار والنتائج المترتبة على هذا الانعقاد لجهة الإدارة عنها بالنسبة للفرد إذ أن هذه النتائج تنفذ على الإدارة entre en suyeur بمجرد صدورها emission عن السلطة التي تملك إصدارها حتى لو بقي هذا التعبير في كوامن الإدارة أي لو بقي خفياً occult، ولكن الرخصة لا تسري في حق الأفراد المعنيين إلا إذا علموا بها بإحدى وسائل العلم المقررة قانوناً[1].

هذا ويترتب على كون الرخصة تصدر عن إرادة الإدارة المنفردة النتائج الآتية:

1. إن طلب الفرد أو رضاه بالقرار الصادر بالترخيص لا ينشئ المركز القانوني، بل هو مجر شرط لسريانه، بحقه، وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في مصر بقرارها الصادر في 1959/6/12، والذي جاء فيه: إن رضا الفرد، لا ينهض ركناً على إنشاء المركز، إلا أنه بطبيعة الحال يلزم لتنفيذ القرار[1].

2. إذا قدّم الفرد طلباً للترخيص، فله أن يعدل عن هذا الطلب في أي وقت ما دامت الإدارة لم تصدر قراراً بشأنه، وحينئذ لا تستطيع الإدارة إصدار القرار المطلوب[2].

---

[1] اندريه دي لوبادير: مطوله في القانون الإداري، ط3، 1963، ص249.

[2] السنة الخامسة، ص494، محكمة القضاء الإداري في مصر 1949/2/22، مجموعة أحكام المجلس للسنة الرابعة، ص6.

3. القبول اللاحق لقرار الترخيص يساوي الطلب السابق.

4. يكون لعيوب الرضا التي تشوب إرادة مقدم الطلب أثرها على قرار الترخيص إذ تتغلغل فيه وتكون سبباً في عدم شرعيته.

5. يتعين الرجوع إلى تاريخ صدور قرار الترخيص للحكم على مشروعيته من حيث؟.

6. يتعين الرجوع إلى تدريج صدور قرار الترخيص للحكم على مشروعيته من حيث السبب والاختصاص[1].

7. وهذا ما أكدته محكمة القضاء الإداري في مصر بقولها: ((يتعين للحكم على مشروعية القرار الإداري الرجوع إلى القوانين القائمة وقت صدوره وإلى الظروف التي لابسته ومدى تحقيقه للصالح العام، وذلك عند صدور القرار فقط دون ما يصدر من قوانين لاحقة، أو ما يستمد من ظروف يكون من شأنها زوال السند القانوني للقرار أو تعديل المركز الذي أنشأه))[2].

وكما قلنا سابقاً فالإفصاح عن إرادة الإدارة الملزمة[3]، هو الذي ينشئ قرار الترخيص، قاصدين من هذا الإفصاح، ذلك التعبير المقترب بقصد إنشاء المركز القانوني للترخيص، وهذا ما يميز القرار الإداري عن العمل المادي الذي لا يرتب بذاته أثراً قانونياً معيناً (وإن كان هذا الأثر يرتب بنى القانون وحكمه).

---

[1] حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 1947/10/31، قضية المجموعة، ص398، وحكمه الصادر في قضية مجموعة سيري ص950، القسم الثالث ص53.

[2] السنة11، ص4.

[3] عرف القضاء الإداري بقوله: إفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة بقصد إنشاء مركز قانوني معين متى كان ذلك ممكناً وكانت غايته المصلحة العامة.

وخلاصة ما يمكن قوله إن إرادة الفرد في الترخيص القائم على قرار إداري لا تعدو أن تكون سبباً خارجياً فيه élément extern وليس عنصراً داخلياً، كما هو الحال في العقد[1].

وعلى ضوء هذا العنصر الخارجي تثمن التعبيرات الإرادية التدليسية أو التزويرية debuation fruvdulieuse التي يقوم بها الفرد في الحصول على الرخصة، تثمن ذلك على أنه ليس الذي يعطي الإدارة حق إلغاء الرخصة، وإنما الذي يعطيها ذلك هو عدم الشرعية illégalité objective إن عدم تحقق الشروط اللازمة لشرعية الترخيص أو لنقل إن رضا الفرد لم يكتسي الشرعية القانونية بسبب هذا التعبير المعيب للإرادة vicieuse declaration de volonté[2].

وتجدر الإشارة إلى نقطة هامة هي أن القرار الإداري يعتبر نافذاً في حق الإدارة entre en vigeur منذ صدوره emission ولكنه لا يسري في حق الفرد صاحب المصلحة إلا إذا علم به بإحدى وسائل العلم[3].

ولكن القرار قد يخضع لإجراءات جوهرية ينص عليها القانون هي الحال فيما يتعلق بالنشر publication، وقد تتغير النصوص القانونية المتعلقة بهذا الإجراء قبل أن تتم عملية النشر.

وفي هذه الحال يميز "ستاسينوبولس" بين حالة ما إذا كان النشر منشئاً constitutif أو معلناً للحق declaratif.

---

[1] ستاسينوبولس: المطول في القرارات الإدارية، ص61.

[2] المرجع السابق، ص62.

[3] د. سليمان الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية، ص517.

ويؤكد هذا الفقيه أن الإعلان في الجريدة الرسمية journal officiel ويقرر الفقيه المذكور أن التمييز بين نوعي النشر له قيمة عملية ويضرب على ذلك للمثال الآتي: لنفترض أن القانون تضمن أن الترخيص لمدرسة خاصة يجب أن ينشر في الجريدة الرسمية، ولنفترض أن الوزير المختص منح الرخصة المطلوبة في الأول من آذار للأستاذ (س) الذي توفرت به كافة الشروط القانونية.

ولنفترض بأنه في الخامس من آذار صدر قانون جديد وأصبح نافذاً ومتضمناً شروط جديدة بحيث أن الأستاذ (س) لم يعد تتوفر به هذه الشروط، وهنا يصبح السؤال هل يمكن أن يكون الترخيص منشوراً.

هنا يجب أن نتمسك بالنفي إذا كان النشر يتمتع بالصفة المنشئة التي هي بالأساس الأصل العام.

ولكن إذا كان النشر له مجرد للسمة الكاشفة، فالترخيص يعتبر كاملاً بمجرد صدوره وإعلانه وهو بالتالي خارج عن كل تأثير ناتج عن تغير القانون[1].

ولكن السؤال الهام هو: كيف نحدد مصدر القرار الإداري؟؟.

وبيان ذلك أن القرار الإداري قد يتولد عن عملية قانونية مركبة تساهم فيه أكثر من جهة إدارية واحدة لا سيما من الناحية المادية، فهل تشترك كل جهة مساهمة في إنشاء القرار فتعتبر مصدرة له، أم أن هذا الإصدار يبقى مقتصراً على الجهة التي التزمت به؟؟ هذا هو موضوع بحثنا المقبل.

---

[1] Michel. D. Stassinopoulos:Traité des actes administratifs, 1954, Athènes, p 1-7.

تحديد الجهة الإدارية المصدرة للرخصة

قد تصدر الرخصة وتظهر إلى حيز الوجود القانوني عبر صيرورة وعملية تخلق قانوني معقد ومتشابك يشترك فيه أكثر من جهة إدارية، وهذه هي العمليات القانونية المركبة.

وعندئذ يصبح التساؤل عن الجهة التي أصدرت قرار الترخيص، وهل يشتمل ذلك كل جهة شاركت مادياً في صياغة القرار أم أنها تقتصر على الجهات التي ساهمت في تحديد المضمون القانوني له ثم ألزمت به.

مما لا شك فيه أن الحل المضيق هو الأسلم، إذ ليس معقولاً أن تنسب قراراً معيناً إلى جهة إدارية استلزم القانون أخذ رأيها قبل اتخاذ القرار ما دامت الجهة التي تصدر القرار تملك مخالفة الرأي الذي انتهت إليه تلك الجهة الاستشارية، وبالتالي فالمنطق يفرض عدم نسبة القرار إلى غير السلطة التي تكون موافقتها ضرورية لاتخاذ ذلك القرار[1] .

ولكن هل يكفي: في تحديد مصدر القرار أن تحدد الأشخاص أو الهيئات التي تكون موافقتها ضرورية لاتخاذ القرار، أم أنه يلزم فوق ذلك أن تكون الموافقة حرة؟؟.

وما يوضحه المثال لا يوضحه المقال، فالسلطة المركزية توافق على قرارات السلطات اللامركزية دون أن يكون لها حق إجراء أي تعديل عليها، أي ليس لها أي دور فيما يتعلق بملاءمة القرار، وهنا يصح التساؤل: هل تعتبر السلطات المركزية مشتركة في إصدار القرار؟؟.

وهنالك يقصر صدور القرار على الهيئات اللامركزية، بل ويحدد دور التصديق بمجرد عدم الممانعة simple empêche على حد رأي الفقيه "هوريو"،

---

[1] د . ثروت بدوي: تدرج القرارات إدارية ومبدأ الشرعية، ص35.

وبالتالي، فالكلمة الأولى والأخيرة في القرار هي للشخص المستقل بدليل أنه يستطيع العدول عنه على الرغم من تصديق السلطة المركزية[1].

وبصورة عامة فكثيراً لا تستقل السلطات الإقليمية أو اللامركزية المرفقية بإصدار الرخصة، بل إن التشريع قد يستلزم بعض الشروط لهذا الإصدار مثل:

1. اشتراط الحصول على إذن سابق من السلطة المركزية قبل أن تقوم السلطة اللامركزية باعتبار الرخصة.

2. اشتراط التصديق على الرخصة من قبل السلطة المركزية وذلك بعد صدور الرخصة سواء أكانت هذه الموافقة صريحة أم ضمنية وشريطة ألا يتضمن قرار التصديق آثاراً ترجع إلى ما قبل التصديق[2].

3. وقد ينص القانون على حلول السلطة المركزية محل السلطة اللامركزية substitutation في إصدار اللائمة إذا اتخذت هذه الأخيرة موقفاً سلبياً من إعطاء الرخصة بالشروط التي يحددها القانون[3]، وبالطبع فهذا الحلول يفسر تفسيراً ضيقاً وفي حدود نص القانون.

4. في الحالات التي يخضع فيها عمل الهيئات اللامركزية لرقابة السلطات المركزية فليس لهذه الأخيرة إلا أن توافق على عمل الهيئات اللامركزية أو ترفضه أو تأذن به دون أن يتعدى ذلك إلى تعديله أو استبدال غيره به.

---

[1] د. سليمان محمد الطماوي: مبادئ القانون الإداري، ص76.

[2] حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 1930/9/10، derireu، قضية المجموعة ص1045.

[3] د. سليمان محمد الطماوي: مبادئ القانون الإداري، ص94.

فإذا جاوزت السلطة الوصاية التصديق إلى التعديل كان القرار باطلاً، وهذا ما اكدته محكمة القضاء الإداري في مصر بقرارها الصادر في 1957/6/2 المتضمن: من المسلَّم به فقهاً وقضاء أن علاقة الحكومة المركزية بالمجالس البلدية والقروية إن هي إلا وصاية إدارية hiérarchique tutelle administratif، وبناء على ذلك فإن الأصل أن وزير الشؤون البلدية والقروية لا يملك بالنسبة لقرارات هذه المجالس سوى التصديق عليها كما هي أو عدم التصديق عليها كما هي، دون أن يكون له حق تعديل هذه القرارات ومع ذلك فإنه من المتعين النظر في التعديل الذي يدخله الوزير على قرار المجلس البلدي أو القروي، فإذا كان جوهرياً بحيث يباعد بين ما قرره المجلس وما قرره الوزير، فإن قرار الوزير في هذه الحالة يكون باطلاً لتجاوز السلطة بإجراء هذا التعديل، ويكون قرار المجلس تبعاً لذلك غير قابل للتنفيذ لعدم تصديق الوزير عليه، والأمر على خلاف ذلك إذا كان التعديل لا يتناول إلا مسألة لا تمس جوهر الغرض الأصلي من قرار المجلس، ففي هذه الحالة يكون قرار الوزير صحيحاً فيما اتفق مع قرار المجلس، وباطلاً فيما تضمنه من تعديل لأن الوزير في إجرائه يكون في الواقع قد جاوز سلطته ويتعين تبعاً لذلك إهمال هذا التعديل ويصبح قرار المجلس بعد ذلك صحيحاً بأكمله أي كما أصدره المجلس أصلاً، وقابلاً للتنفيذ لأنه في جوهره قد صادف تصديق الوزير[1].

وفي الحقيقة لقد اختلف الفقه حول نسبة القرارات فمنهم من قصرها على السلطات اللامركزية، وإن كان الرأي الراجح هو نسبة تلك القرارات إلى السلطات المركزية واللامركزية. وإعمالاً لذلك، فقد جرى القضاء على قبول الدعوى التي

---

[1] السنة 11، ص490.

ترفع ضد الجهة الإدارية اللامركزية وضد سلطة الوصاية في الوقت نفسه بشأن القرارات الصادرة عن الجهة اللامركزية متى كانت سلطة الوصاية قد صدقت عليها، أو على الأقل لم تعترض عليها [1].

هذا واستطراداً فإن تحديد الجهة التي أصدرت الرخصة إنما يتحدد على ضوء حالات الاختصاص التي تميزها كما يلي:

حالة الاختصاص النهائي المانع: إذا أعطى القانون لسلطة معينة الاختصاص في إصدار قرار معين وقصرها عليها هذا الاختصاص وحدها، فلا يجوز لأية سلطة أخرى رئاسية كانت أم سلطة وصاية أن تحل محل السلطة الأصلية في اختصاصها وتصدر هذا القرار ومن ثم فالسلطة الرئاسية تستطيع تعديل قرارات السلطة الأدنى، ولكنها لا تستطيع أن تحل محلها بداءة في اختصاصاتها بطريقة مباشرة.

حالة الاختصاص المشترك: قد يحدث أن يكون أمر معين من اختصاص سلطتين مختلفتين إحداهما ذات اختصاص عام والأخرى ذات اختصاص خاص أو محلي والمثال التقليدي لهذه الحالة في فرنسا هو مسألة البوليس، إذ فضلاً عن الاختصاص العام لرئيس الحكومة في ممارسته على جميع أنحاء الدولة يوجد اختصاص مدير الإقليم يمارسه على إقليمه واختصاص العمدة على بلدة، ومن ثم تكون هنالك ثلاث سلطات مختلفة ومتدرجة فيما بينها لكل منها سلطة المحافظة على الأمن في نطاق معين.

كيف يمكن التوفيق بين ذلك، فالقاعدة إن الإجراءات التي تتخذها السلطة العليا تلزم السلطة الأدنى، وهذه يلتزم بأن تطابق إجراءاتها مع إجراءات السلطة العليا

---

[1] د. ثروت بدوي: تدرج القرارات إدارية ومبدأ الشرعية، ص35.

ولكنها «أي السلطة الدنيا» تحتفظ باختصاصها بالقدر الذي لا يتعارض مع الإجراءات الصادرة عن السلطة العليا، ولكنها «أي السلطة الدنيا» تحتفظ باختصاصها بالقدر الذي لا يتعارض مع الإجراءات الصادرة عن السلطة العليا، وبذلك تستطيع أن تكمل الإجراءات الأخيرة دون أن تتخلص منها وتخرج عليها.

فمثلاً لائحة المرور لائحة عامة تسري على جميع جهات القطر، ومن ثم لا يستطيع العمدة أن يخالف القواعد التي تصفها هذه اللائحة، فلا يستطيع مثلاً أن يجعل المرور في بلدة على الشمال بدلاً من اليمين[1].

ومع ذلك فسلطة البوليس المحلية (العمدة) تستطيع أن تضيف إلى الإجراءات التي قررتها السلطة العليا بما لا يتعارض معها، وبما يتفق مع الظروف المحلية وهكذا فقد حكم مجلس الدولة الفرنسية بأن حصول أحد الأفلام السينمائية على رخصة من السلطة المركزية، فإن هذه الرخصة التي تعتبر إجراء عاماً يسري على جميع أنحاء البلاد لا يمنع السلطة المحلية من رفض التصريح بعرض هذا الفيلم لظروف محلية[2].

ولقد افترضنا سابقاً إن الاختصاص المشترك في إصدار قرار يتعلق بسلطتين، وهذه إحدى حالات هذا الاختصاص، وحقيقة الأمر أن الاختصاص المذكور قد يناط، بعدة سلطات إدارية plusieurs autorité[3].

وفي هذا الصدد يجب أن تميز الاختصاص المشترك من كل من الحالتين الآتيتين:

1-حالة اختصاص سلطة جماعية أو ما يسمونه سلطة المداولة.

---

[1] C.E. 3 Mai،1918, société niene de tranperk automobile Recueil, p407.

[2] د. ثروت بدوي: تدرج القرارات الإدارية ومبدأ الشرعية، ص109.

[3] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص99.

"La combetence،un orepun collectif corps deliberant"

فنحن حيال سلطة واحدة ولها اختصاص ومانح وإن كان الذين يصدرون القرار أكثر من شخص[1] ، كما هو الحال بالنسبة لأعضاء مجلس إدارة مؤسسة عامة أو شركة أو جمعية.

2- حالة تعاون collabooration سلطة أخرى مع السلطة المختصة بإصدار القرار كما في حال إعطاء رأي[2] ومن ذلك فإن إعطاء رأي بعدم الموافقة defavorable ينبع أثراً قانونياً هو الحيلولة دون منح الرخصة[3] .

وعلى هذا الأساس فإن تعاون سلطتين إداريتين في إصدار قرار في إطار ممارسة الاختصاص المشترك، هذا التعاون أداته القرار الاتحاديacte union الذي هو عبارة عن اتفاق إدارتين أو مواجهة إدارة أخرى affronter كما هو الحال بالنسبة للعقد[4] La coincidence de deux volontés.

---

[1] المرجع السابق، ص99.

[2] المرجع السابق، ص99.

[3] المرجع السابق، ص75.

[4] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص99.

ومن جهة أخرى فالقرار الاتحادي يختلف عن قيام سلطة بإعطاء الرأي لسلطة أخرى، إذن فنحن هنا أمام تعاون، لا يرقى إلى مستوى الاشتراك والسلطة التي تعطي الرأي هي سلطة خارجية عن القرار[1].

وقد تتركز في بعض الأحيان السلطتان اللتان تصدران القرار الاتحادي تتركز في شخص واحد كما لو تضمن القرار إصدار رخصة من وزارتين، وقد أنيطت هاتان الوزارتان في شخص واحد، فهنا يكون القرار الصادر عن هذا الشخص قراراً اتحادياً[2].

3-حال الاختصاص التبادلي alternative:
وفي هذا الحال ينيط القانون الاختصاص بعدة سلطات، حيث تستطيع كل سلطة منفردة أن تقوم بهذا الاختصاص[3].

4- الاختصاص عن طريق الحلول: في هذه الحال لا يكون الاختصاص مباشرة للسلطة العليا ولكن القانون يسمح لها بالحلول محل السلطة صاحبة الاختصاص الأصلي، إذا ما أهملت هذه الأخيرة، أو تراخت في ممارسة اختصاصها[4].

هذا وقد يثور الالتباس حول تحديث الجهة المختصة بإصدار نتيجة لتبعية النشاط المتعلق بهذه الرخصة وما إذا كان يعود إلى مرفق عام قومي serriées généraiq أم إلى مرفق عام إقليمي departementaux أم إلى

---

[1] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص100.

[2] المرجع السابق، ص100.

[3] المرجع السابق، ص100.

[4] د. ثروت بدوي: تدرج القرارات إدارية ومبدأ الشرعية، 109.

مرفق عام بلدي communaux ou mumi cipaux وهذا ما يتضح من التفرقة التي رتبها قسم الرأي في مجلس الدولة المصري في فتواه الصادرة في 1954/2/3، حيث يقول: ((إن الرأي والصرف يعتبر مرفقاً قومياً تشرق عليه الحكومة المركزية، ومن مقتضى ذلك أن تنفرد وزارة الأشغال بصفتها القائمة على شؤون هذا المرفق بالتراخيص بأشغال الجسور التي هي في الوقت ذاته طرق عامة وأن تحصل على رسوم ذلك الترخيص))[1].

ومن ذلك الفتوى المتعلقة بمرفق توليد الكهرباء في مدينة القاهرة المتضمنة: إن هذا المرفق قد تغيرت طبيعته ولم يعد كما كان عند إنشاء إدارة الكهرباء والغاز سنة 1948 مرفقاً بلدياً، بل أصبح مرفقاً قومياً يهم أهل البلاد جميعاً، ومن ثم فهو يتبع الحكومة المركزية[2].

وكذلك الفتوى المتعلقة بالحمامات المتضمنة: ولما كانت حمامات حلوان لا يقتصر نفعها على سكان مدينة القاهرة وحدهم بل لا يقتصر على مصر وقاطنها بما لها من الأهمية لدى العالم، لذلك نرى أن حمامات حلوان لا تعتبر من المرافق البلدية وبالتالي لا محل لإشراف مجلس بلدي مدينة القاهرة عليها[3].

وأخيراً قوله: ((إن المتاحف التي يتمثل فيها نشاط الحكومة المركزية وسياستها العامة القومية، من المصالح القومية التي يترك أمر إدارتها، فتعتبر من المتاحف الإقليمية التي يترك أمر إدارتها إلى البيئات المحلية))[4].

---

[1] رقم 52 السنة الثامنة ومنتصف التاسعة، ص51.

[2] فتوى قسم الرأي مجتمعاً رقم 170 في يونيه 1950، مجموعة الفتاوى 4 و5، ص109.

[3] فتوى الإدارة رقم 1701 في 1959/9/19، مجموعة سنة الفتاوى 4-5 ص848.

[4] فتوى الإدارة في 1951/2/13، مجموعة الفتاوى، س4-5 ص996.

ومن المسلّم به إن الإدارة مسؤولة عن نشاطها الضابط إذا تخلت عنه إلى الملتزم، وهذا ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي بأنه إذا لجأت إحدى البلديات un commune إلى إدارة بلاحاتها عن طريق الامتياز، فهي تظل مسؤولة عن سلامة المستحمين بمقتضى سلطات البوليس والتي لا يمكن أن يسري إليها الالتزام[1] .

تعقيب وتقويم ومسألة التمييز
بين رخص الإدارة والرخص الإدارية

يكاد يكون كلاماً معاداً مكرراً ومقتولاً بحثاً وحرثاً وتمحيصاً القول أن هنالك أعمالاً خاصة للإدارة acte de gestion، أو للإدارة تسميتها أعمال الإدارة de administration مقابل الأعمال الإدارية actes administrations أو أعمال وتصرفات السلطة actes de autorités، وهي الأعمال الخاضعة للقانون الإداري ولاختصاص القضاء الإداري[2] .

[1] حكمه الصادر في 1958/5/23، قضية omonduz في مجموعة aetuabite juridique droit administratif، السنة 1958 القسم الثاني، ص309.

[2] André de Laubadère: Traité élémentaire de droit administrative, Paris ,1963,T1,p14.

وانظر د. سليمان محمد الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، القاهرة، دار الفكر الغربي، 1965، ط2، ص31.

فالأعمال الأولى (أعمال الإدارة) تخضع للقانون الخاص ولاختصاص القضاء العادي حتى لو صدرت هذه الأعمال عن إرادة الإدارة الانفرادية[1].

وبيان ذلك أن العمل المنفرد acte unilatéral لا يعدو أن يكون صورة وشكلاً وقالباً، وقد لا يمتد إلى مضمون التصرف أي إلى ما يتضح به هذا التصرف من أساليب السلطة العامة وكمل يقول الدكتور فهيم: ((إن سلطة التصرف هي سلطة استثنائية في العلاقات بين الأفراد التي يحكمها القانون الخاص، بينما هي أمر جوهري في النشاط الإداري))[2].

وعلى هذا الأساس فليس بالضرورة أن تخضع كافة التصرفات القانونية الانفرادية التي تصدرها الإدارة للقانون الإداري اللهم إلا إذا اتصلت هذه التصرفات بالمرفق الإداري تنظيماً organisation واستغلالاً exploitation وإدارة أو المعاونة والمساهمة فيه[3].

---

[1] د. عادل سيد فهيم: القوة التنفيذية للقرار الإداري، القاهرة، الدار القومية للطباعة والنشر، ص123.

[2] المرجع السابق، ص123.

[3] محكمة القضاء الإداري في مصر، الحكم الصادر في 1956/9/16، القضية 222 لسنة 10 ق.

على هذا الأساس استقر الفقه على أن أعمال الإدارة المتصلة بإدارة أموالها الخاصة، هذه الأعمال لا تخضع للقانون الإداري حتى ولو عبرت عن نفسها بإرادة منفردة[1].

والأمر نفسه بالنسبة لعقود الإدارة (وليس العقود الإدارية) التي لا تنطوي على عنصر السلطة العامة[2]، كما هو الحال «على سبيل المثال» بعقد الاشتراك في الهاتف[3]، أو غير ذلك من العقود المتصلة بالمرافق الإدارية الاقتصادية والإنتاجية.

وهذا ما أكده القضاء الإداري السوري بالنسبة لعقد الاشتراك بالتلكس مع المؤسسة العامة للمواصلات السلكية واللاسلكية، وأكده القضاء العادي بالنسبة لعقود الاشتراك بالهاتف[4].

وهذا ما أكده الفقه المصري[1]، كما أكده القضاء الإداري في أكثر من حكم، من ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر والذي تقول فيه: ((إن نشاط شركة المعمورة

---

[1] د. محمد ثروت بدوي: مبادئ القانون الإداري، القاهرة، دار النهضة العربية، 1966، ص235 وما بعدها.

[2] د. محمد ثروت بدوي: مبادئ القانون الإداري، ص235.

[3] نقض مدني مصري جلسة 1977/4/19، س28 ص595 وجلسة 1981/4/16، القضية 1767، لسنة 54 قضائية.

[4] حكم محكمة القضاء الإداري رقم 509 الصادر في 1982/11/11 في القضية رقم 1202 لعام 1982، منشور في مجلة المحامين لعام 1983، قاعدة 334.

في قيامها على مرفق التعبير والإنشاءات السياحية بالمعمورة لا يعتبر من قبيل ممارسة السلطة العامة)).

ولذلك فإن علاقتها بالمنتفعين بهذا المرفق ممن خولتهم حتى شغل الكبائن العامة على شاطئ البحر لا تحكمها قرارات إدارية بالترخيص في شغل تلك الكبائن بل تحكمها روابط تعاقدية بينها وبينهم، وهي روابط القانون الخاص وتخضع لأحكامه، ومن ثم فإن ترخيص هذه الشركة للمدعي في شغل أحد الكبائن المذكورة لا يعتبر قراراً إدارياً، وإقامة الكبائن المذكورة في منطقة اعتبرت في مشروع التقسيم من المصالح العامة ليس من شأنه أن يغير من طبيعة العقد بين الشركة باعتبارها قائمة على مرفق عام اقتصادي، وبين المدعي باعتباره من المنتفعين بهذا المرفق، كما أن الشركة في تعاقدها مع هؤلاء المنتفعين لا تعتبر نائبة عن الدولة، بل تقوم بذلك لحسابها وعلى مسؤوليتها[2].

ولقد اعتبرت هذه المحكمة عقد الاشتراك بالهاتف عقداً مدنياً، وفي ذلك قالت: يتعين لاعتبار العقد إدارياً أن يكون أحد طرفيه شخصاً معنوياً عامة، وأن يكون تعاقده بوصفه سلطة عامة، وأن يتصل العقد بنشاط مرفق عام بقصد تسييره أو تنظيمه، وأن ينسجم بالطابع المميز للعقود الإدارية التي تتميز بانتهاج أسلوب القانون العام، فيما يتضمنه من شروط استثنائية غير مألوفة في روابط القانون الخاص.

---

[1] د. عبد الفتاح حسن: مبادئ القانون الإداري، ص218، و د. الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، ص32، و د. ثروت بدوي: النظرية العامة للعقود الإدارية، القاهرة، مكتبة القاهرة الحديثة، 1963، ص86.

[2] حكمها الصادر في 1974/6/29، كذلك حكمها الصادر في 1976/4/3.

فإذا كان العقد مثار النزاع بين الطرفين قد أبرم بين مورث المدعي عليهم، وبين الهيئة العامة للمواصلات السلكية واللاسلكية، وهي مرفق اقتصادي، بقصد الإفادة من خدمة المرفق المذكور الخاصة بالاتصالات التليفونية، أي لتحقيق خدمة خاصة، وليس له أية صلة بنشاط المرفق أو تسييره أو تنظيمه، فإنه يخضع للأصل المقرر في شأن العقود التي تنظم العلاقة بين المرافق الاقتصادية، وبين المنتفعين بخدماتها باعتبارها من روابط القانون الخاص لانتقاء العقود الإدارية وخصائصها المتقدم ذكرها بالنسبة إليها.

ولا يؤثر في هذا النظر ما تضمنه هذا العقد من شروط استثنائية قد يختلط الأمر بينها، وبين الشروط الاستثنائية التي يتميز بها أسلوب القانون العام في العقود الإدارية.

ذلك أن تلك الشروط مألوفة في نوع خاص من العقود المدنية، وهو عقد الإذعان وقد نظمها القانون المدني بنصوص تكفل دفع ضررها عن الطرف الضعيف في التعاقد فأجاز للقاضي إعفاء هذا الطرف من تنفيذها، كما أجاز تعديلها إذا كانت شروطها تعسفية، وأخيراً حظر تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان تفسيراً ضاراً بمصلحة الطرف المذعن[1].

كذلك اعتبرت محكمة النقض المصرية عقداً مدنياً العقد الذي تبتغي به جهة الإدارة غرضاً مالياً فقضت (بأنه متى كان الثابت من العقد أن المؤسسة العامة للبترول قصدت في إقامة جناح لها في سوق الإنتاج الزراعي مجرد عرض منتجاتها فيه ابتغاء الإعلان عن أوجه نشاطها، وهو قصد لا صلة له بسير المرفق وانتظامه

[1] حكمها الصادر في 1975/4/5.

وهو إنتاج البترول وتوزيعه على جمهور المنتفعين، بما يفقد العقد الآنف الذكر ركناً جوهرياً من أركانه كعقد إداري) [1].

ويقرر الفقه المصري أن كافة المنازعات المتعلقة بالمال الخاص تدخل في اختصاص القضاء العادي، والعكس بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالمال العام[2]، وهذا ما أكدته محكمة القضاء الإداري في مصر بأن قرار الاستيلاء أو نزع العين المملوكة للدولة ملكاً خاصاً من تحت يد حائزها أو منع تعديه بالطريق الإداري طبقاً للقانون رقم 39 لسنة 1959، ليس قراراً إدارياً لأنه يصدر من الدولة بصفتها مالكاً ملكاً خاصاً، فهي إذن وسيلة لحماية ملكيتها أو حماية حيازتها قررها لها القانون المدني، وليست قرارات إدارية تصدر عنها بناء على سلطتها العامة تفصح عن إرادتها الملزمة للأفراد فتخرج إذن المنازعات حولها عن اختصاصها القضاء الإداري، وكذلك الشأن بالنسبة إلى العلاقات لتأجير به، وما يدور حول عقود الإيجار بين الحكومة والأفراد من منازعات[3].

ولقد فزع الفقه الإداري على ذلك نتيجة خاصة وهي أنه إذا صار المال خاصاً جاز للإدارة أن تسحب التراخيص والعقود التي منحتها للأفراد، وسمحت لهم بها شغل المال، وذلك دون تعويض[4].

بيد أن زوال التخصيص للنفع عن المال العام يجب أن يكون واضحاً كل الوضوح، وسكوت الإدارة عن عمل يقوم به الغير في المال العام بدون موافقتها لا يكفي الاستظهار أن التمحيص للمنفعة العامة قد زال بهذا العمل[1].

---

[1] حكمها الصادر في 1967/3/28.

[2] د. ثروت بدوي: مبادئ القانون الإداري، ص315.

[3] حكمها الصادر في 1970/1/11.

[4] د. عبد الفتاح حسن: مبادئ القانون الإداري.

وتطبيقاً بذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه: ((يجوز أن يفقد المال العام صفته هذه بانتهاء تخصيصه للمنفعة العامة بالفعل، إلا أنه يتعين أن يكون التجريد الفعلي من جانب الحكومة واضحاً كل الوضوح حتى لا يتعطل المال العام عن أداء الخدمة التي رصد لها، فلا ترفع الحضانة التي أسبغها القانون على الأموال العامة إلا عندما يصبح فيها فاقداً بالفعل لهذه الصفة فقداناً تاماً بطريقة مستمرة لا لبس فيها ولا انقطاع، فما يحصل على محمل التسامح أو الإهمال من جانب جهة الإدارة لا يصلح سنداً للقول بإنهاء تخصيص المال للمنفعة العامة التي رصد لها وزوال صفة العمومية على هذا الأساس)) [2].

كما قضت هذه المحكمة بأنه لما كان الغرض الذي من أجله خصصت (الجبانات- مدافن الموتى) للمنفعة العامة ليس مقصوراً على النص وحده، بل يشمل أيضاً حفظ رفات الموتى، وينبني على ذلك أن الجبّانات لا تعقد صفتها كمال عام بمجرد إبطال الدفن فيها، وإنما بانتهاء تخصيصها للمنفعة العامة واندثار معالمها وآثارها كجبانة، ومن تاريخ هذا الانتهاء فقط تدخل في عداد الأملاك العامة[3].

وهذا ما ذهبت إليه محكمة المحلة الكبرى في قضية تتلخص بأن وكيل وزارة الشؤون البلدية أصدر قرار بإخلاء أرض فناء من أملاك الحكومة العامة استأجرها شخص بموجب عقد إيجار وأمر وكيل الوزير بتسليم هذه الأرض إلى مجلس بلدي المحلة الكبرى لإقامة سوق عليها إلى أن علاقة المستأجر بالحكومة تحكمها قواعد القانون الخاص وأنها ليست بصدد عقد إداري، ولا يدخل في

---

[1] محكمة القضاء الإداري: حكمها الصادر في 1970/1/11.

[2] نقض مدني مصري: 1967/3/7.

[3] حكمها الصادر في 1965/6/10 و 1965/12/9.

اختصاص وكيل الوزارة إنهاء العلاقة التعاقدية – وطرد المستأجر دون حكم من القضاء[1].

وبالطبع فقد كان للقضاء في فرنسا الباع الطويلة في المساهمة بتوضيح الفارق بين تصرفات الإدارة والتصرفات الإدارية، وهكذا فقد حكمت محكمة التنازع في فرنسا بأن تأجير إحدى الجهات الإدارية لقطعة أرض من أملاكها الخاصة إلى أحد الأفراد لإقامة مصنع لا يعد عقد إدارياً نظراً إلى تخلف شرط اتصاله بنشاط مرفق عام[2].

هذه الأمثلة – على تعددها تؤكد وجود تصرفات قانونية لا تخضع للقانون الإداري مع العلم أن الإدارة طرفاً في هذه التصرفات.

بيد أن هنالك نقطة حساسة تتعلق بالأدوات القانونية التي تنبع من أموال الدولة الخاصة وما إذا كانت على سبيل الإطلاق تخضع للقانون الخاص والرقابة القضاء العادي، أم أنه بإمكان هذه الأدوات أن تصطبغ بميسم القانون الإداري، وتخضع لأحكامه إذا ما تزودت هذه الأدوات القانونية بأسلوب القانون العادي.

---

[1] قضاء الأمور المستعجلة في 1961/3/14، القضية رقم 201 لعام 1961.

[2] حكمها الصادر في 1937/6/11، قضية شافون unorion، مجموعة داللوز، 1938، ح3، ص70 وحكمها الصادر في 1910/14/4، قضية le soleil مجموعة سيري، سنة 1912 القسم الثالث، ص754، مع تقرير المفوض Feniloly، وحكمها في 1950/2/2، قضية gouffretfon للمجموعة، ص651، وحكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 1942/2/13، قضية will de sarlux، مجلة القانون العام سنة 1943، ص349، مع تقرير المفوض Le eonard وتعليق بونابرو وحكم النقض الصادر في 938/11/23 قضية offiée، داللوز 1939، القسم الأول ص101، مع تعليق فالين.

وحقيقة الأمر أن طبيعة المال الخاص وماهيته وجوهره هي التي تطغى على الآلية القانونية، وتحددها وتسميها بميسمها وتخلع عنها صفاتها والقول بغير ذلك يعني التسليم للإدارة بسلطة تقديرية في إلحاق صفة المال العام في حين أن خصائص المال العام هي التي تفرض ذاتها على الإدارة[1].

خلاف ذلك، فالدكتور ثروت بدوي يرى أن الأدوات القانونية التي تتصل بالمال الخاص تكتسب الصفة الإدارية، إذ ما تضمنت شروطاً غير مألوفة في القانون الخاص يقول المذكور: إن إدارة الدومين الخاص هي وحدها التي تخضع للقانون الخاص، أما تنظيم الدومين الخاص وعلاقات الإدارة بموظفين الدومين الخاص، فإنها تخضع للقانون الإداري، فالعبرة دائماً باستخدام أو عدم استخدام أسلوب السلطة العامة في ممارسة النشاط، وحينما تستخدم الإدارة أسلوب السلطة العامة «حتى في مجال الدومين الخاص» يخضع نشاطها للقانون الإداري[2].

وهكذا فالدكتور ثروت بدوي يقف عند حد الوسائل في حين أن الدكتور الطماوي، يضيف إلى ذلك عنصر الغايات، أي عنصر المرفق العام الذي يحرك الوسيلة، وفي النتيجة ليخلق معياراً مركباً ينطلق من الغايات باتجاه وسيلة القانون العام[3].

وفي نظرنا أنه الاعتبار لا يجوز إهدار فكرة المرفق العام، أو النفع العام كعلة غائية تبرير القانون الإداري وتحديد معيار ومجالات انطباعية، وإلا وقفنا في هدمية

[1] د. طعمية الجرف: القانون الإداري- دراسة مقارنة في تنظيم ونشاط الإدارة العامة، ص 1978،50، دار النهض العربية، ص701.

[2] كتابه مبادئ القانون الإداري، ص236.

[3] كتابه أسس العقود الإدارية، ص51 وما بعدها.

قانونية، واعتبرنا أسلوب السلطة العامة منتجاً وغاية في ذاته في الحين الذي هو معلق الهواء ولا تمتد جذوره إلى مقومات الحاجة العامة أو النفع العام أو المرفق العام تلك الأوليات التي تفجر عنصر الوسيلة وتعتبر علته الغائية، وبالتالي فالأصح القول مع الدكتور محمد كامل ليلة بأن فكرة المرفق أو فكرة الوظيفة ليس من شأنها استبعاد فكرة السلطة العامة من مجال البحث، وإنما قد يكون من الممكن والمقيد ربط هذه الأفكار مجتمعة ببعضها لتنهض متساندة أساساً قوياً وتفسيراً سليماً لمبادئ القانون الإداري ولاختصاص القضاء الإداري[1].

وحقيقة الأمر أن سلطان الإدارة ليس غاية في ذاته، ولكنه وسيلة لتحقيق النفع العام، والمرافق العامة هي أنجح الوسائل لتحقيق ذلك، وكل ما قد يؤخذ على فكرة المرفق العام، أن النفع العام لا يتحقق كلياً ودائماً عن طريق هذه الوسيلة، أو على الأقل لا يرتبط في جميع الحالات ارتباطاً مباشراً بمرفق عام، لهذا فقد نادى الفقيه "فالين" باستبدال فكرة النفع العام بفكرة المرفق العام، ولكن الفكرة الأولى لا يمكن أن ترقى إلى درجة المعيار، ولن تغني عن فكرة المرفق العام لأنها فكرة غير محددة، ولأن النفع العام هو المحرك الكلي لنشاط الإدارة.

وإذا كان النفع العام كأساس عام للقانون الإداري لا بد له من وسيلة فنية لتحديده، وإن المرفق العام هو إحدى التجليات الكبرى التي تستوعب جل فكرة المرفق وليس كله، إذا كان الأمر كذلك فإن النفع العام يتحدد في وسيلة فنية أخرى هي فكرة المال العام، وفي الآن نفسه ينحسر عن المال الخاص كفكرة فنية.

---

[1] كتابه مبادئ القانون الإداري، ط1، 1968، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، ص171.

لهذه الأسباب فلا مجال للتحدي والقول بأن الأدوات القانونية ومنها الترخيص المتصلة بالمال الخاص تنتمي إلى روابط القانون الإداري بل هي من متعلقات القانون الخاص.

ويؤكد "الدكتور ثروت بدوي" أن الدومين الخاص هو المجال المثالي لاستخدام الإدارة لوسائل القانون الخاص، حتى أنه يمكن القول بوجود قرينة على اتباع ذلك الأسلوب، ولكن هذه القرينة ليست قاطعة ويمكن إثبات عكسها بتضمين عقود الدومين الخاص شروطاً استثنائية تستند فيها على اتباع أسلوب القانون العام[1].

وقد رفض مجلس الدولة الفرنسي الاعتراف بالصفة الإدارية لعقد يتعلق بالدومين الخاص استناداً إلى عدم احتوائه على شروط استثنائية[2].

[1] ثروت بدوي: النظرية العامة في العقود الإدارية، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة 1963، ص86.

[2] C.E،17 Decembre،1954,grosy, Rerweprotiqu, de droit administratif، 1956,no 75.

الفصل الثالث

مظاهر التعبير عن الإرادة في مجال الرخصة

«ومسألة القرارات الضمنية والحكمية والسلبية»

وحقيقة الأمر فهذه المظاهر الشعبية هي المظاهر نفسها التي يمكن الكلام عنها في مجال النظرية العامة للقرار الإداري، وبالتالي فلا تتسم الرخصة في هذا المجال بسمة خاصة تميزها عن كتلة القرارات الإدارية.

واستناداً إلى ما تقدم، فإننا نلمح في مجال الترخيص، طائفة القرارات الحكمية (المفترضة) وطائفة القرارات الضمنية، ثم طائفة القرارات السلبية.

فالقرار الضمني هو قرار حقيقي، أي ينطوي على تعبير عن موقف من خلال إرادة تتجه إلى إنشاء مركز قانوني، غاية ما هنالك أن هذا القرار يستفاد بصورة غير مباشرة من فعل مادي صدر عن جهة الإدارة أو عن كلمتها المكتوبة أو المنطوقة[1].

---

[1] الاستاذ الدكتور عبد الفتاح حسن: واحد من أكبر الفقهاء القانونين في الوطن العربي، مستشار سابق لدولة الكويت ونائب سابق لرئيس جامعة المنصورة، وهو الأستاذ المشرف على رسالة الدكتوراه لمؤلف هذا الكتاب الدكتور برهان زريق، انظر كتابه قضاء الإلغاء، ص152.

وكما قلنا سابقاً فالرخصة تنشأ من العقد في الوقت الذي تنشأ منه من القرار، والعقد نفسه لا بعدم نشوءه في صيغة ضمنية la constitution ومن أمثلة العقود الإدارية الضمنية، حالة ومقدار عقد من عقود الإدارة بعد انتهائها .

"contrats lacites d'un contrate après son expiration pur un aee ordtaeite".

بيد أن جهة الإدارة، قد لا تعبر على الإطلاق عن إرادتها إذ لا تفعل، ولا تقول شيئاً، ومع ذلك فقد ينسب إليها أنها قد أصدرت قراراً، وهذا هو القرار الحكمي أو المفترض.

وواضح أنه بالنسبة لهذه القرارات، لا مجال للتساؤل عما إذا كان القرار صريحاً أم ضمنياً مكتوباً أم عفوياً، وبالتالي فهذه القرارات لا تظهر إلا عندما يطلب من جهة الإدارة اتخاذ قراراً معين، فتلتزم الصمت التام.

إزاء هذا الطلب (طلب سحب قرار – غير مشروع – طلب رخصة – طلب استخراج جواز سفر – طلب الحصول على الجنسية)[1] .

غير أن المشرع قد لا يحدد مضي مدة معينة، بعد تقديم الطلب حتى يستخلص القرار الحكمي بفواتها، وعندئذ يظهر هذا القرار بفوات المدة المعقولة[1] .

---

[1] د. عبد الفتاح حسن: قضاء الإلغاء، ص153.

ضم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 1951/6/15 قضية Stekydrolique asie المجموعة، ص349.

أما القرار السلبي les actes negatives، فهو ذلك القرار الذي ترفض فيه الإدارة اتخاذ قرار، وهذا الرفض قد يكون صريحاً أو ضمنياً مكتوباً أم شفوياً[2].

وفي هذ القرار السلبي قد يتطابق النفاذ القانوني للقرار مع تنفيذه المادي حيث لا يحتاج في تنفيذه إلى أي عمل من الإقرار ايجابياً أم سلبياً كأن ترفض الإدارة منح رخصة لفتح مصنع أو مقهى أو محل تجاري[3].

وقد يكون من واجب الإدارة بموجب النصوص اتخاذ القرار بصريح نص المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة السوري.

ومن جهة ثانية فقد ترفض الإدارة اتخاذ قرار ليس من الواجب عليها اتخاذه وفقاً للقوانين واللوائح.

والراجح قضاء عدم جواز الطعن في مثل هذا النوع من القرارات السلبية[4]، وإن كان بعض الفقهاء يرى جواز ذلك[5].

---

[1] د. عبد الفتاح حسن: قضاء الإلغاء، ص154.

[2] المرجع السابق، ص154.

[3] د. عبد الفتاح حسن: مبادئ القانون الإداري، ص179.

[4] المحكمة الإدارية العليا في مصر: 1967/12/23، س13، ص321 ق42، محكمة القضاء الإداري في مصر: 1960/6/23، س14، ص60.

[5] د. عبد الفتاح حسن: قضاء الإلغاء، ص155.

وهكذا تبدو الحاجة ملحة للتعريج السريع على الطعن في هذه القرارات لا سيما أن مجال الترخيص غني بذلك وكثيراً ما يتقدم ذوو المصلحة بطلباتهم للحصول على الرخصة، فيصطدمون بصمت الإدارة أو موقفها السلبي الرافض، وهنا يجد الفرد أن لا محيص له من الطعن في القرار السلبي وتلمس شروط تقديم ذلك، والتقيد بمواعيده، فما هي شروط الطعن؟.

هذا ولا تعدم وجود بعض القرارات الحكمية في قضائنا الإداري والمتعلقة بتمديد الرخصة بقوة القانون وذلك على ضوء المادة/46/من قانون تنظيم وعمران المدن رقم 9 لسنة 1974[1].

[1] حكم المحكمة الإدارية العليا في سوريا رقم 373 لعام 1989 القضية رقم 1692 لعام 1989 منشور في مجلة المحامي لعام 1989 قاعدة رقم 259.

شروط الطعن بالقرار السلبي الرافض للترخيص

«ومسألة انفتاح الميعاد بالطعن في القرار السلبي»

قلنا سابقاً أن القرار الإيجابي هو قرار صريح تصدره الإدارة بالمنح أو المنع، فيتجلى فيه موقفها إزاء الطاعن أما القرار السلبي فهو موقف سلبي للإدارة لا تعلن فيه عن إرادتها باتخاذ مسلك دون الآخر[1].

وبالطبع فمبرر الطعن في هذه القرارات واضح إذ لو قصرنا الأمر على القرارات الإيجابية لأعطينا الإدارة الوسيلة للتهرب والسكوت وفي النهاية لانتهاك المشروعية.

وتلافياً لذلك فقد حرص الفقه والقضاء الإداري على إباحة الطعن في القرارات السلبية، شأنها في ذلك شأن القرارات الإيجابية.

وهذا ما أكدته المادة الثامنة من قانون مجلس الدولة السوري رقم 55 لعام 1959 بقولها: ويعتبر في حكم القرارات الإدارية رفض السلطة الإدارية أو امتناعها عن اتخاذ قرار كان من الواجب عليها اتخاذه وفقاً للقوانين واللوائح.

---

[1] د. مصطفى أبو زيد فهمي: القضاء الإداري، ص296.

ولقد عرضنا لموقف بعض الفقهاء الذين لا يقصرون القرار السلبي على حال الامتناع عن اتخاذ القرار الواجب الاتخاذ وفقاً للقوانين واللوائح.

وهذا ما أكدته محكمة القضاء الإداري في مصر بقولها: كون هذا الامتناع يستند إلى أساس قانوني أو لا يستند، فهذا بحث موضوعي في مشروعية القرار، فإن صح أن الامتناع له ما يبرره قانوناً قضى برفض الدعوى، وإلا حكم بإلغاء القرار السلبي بالامتناع[1]، ولكن المشكلة التي تواجهنا هي حساب ميعاد الطعن بالإلغاء بالنسبة لهذه القرارات.

واضح أن القرارات المذكورة تنشأ من امتناع الإدارية عن الإجابة بلا أو نعم، وقد يطول سكوتها، فهل يظل الطعن مفتوحاً إلى ما لا نهاية، أم يجب وضع حد لميعاد الطعن، وما هو الحل المتبع لذلك؟.

يجب التفريق في مثل هذه الحال بين القرار السلبي الناتج عن عدم الرد على التنظيم، وحالة القرار السلبي الناتج عن عدم الرد على طلب المدعي منذ البداية.

ففي الحال الأولى يفترض القانون قيام قرينة حكمية مؤداها رفض الإدارة للتنظيم، ومن ثم فسكوت الإدارة ستين يوماً يعني أنها أصدرت قراراً بالرفض، ومن هذا التاريخ يبدأ ميعاد الطعن البالغ ستين يوماً.

---

[1] جلسة 1953/6/24، س7، ص1781، ق867.

وبالطبع فهذه القرينة المفترضة أو الحكمية، هي قرينة بسيطة، وقد تنتفي بقرائن أخرى مستمدة من مسلك الإدارة ذاته لأن تتبنى مثلاً وجهة نظر المتظلم وتتخذ إجراءات من شأنها تأييد وجهة نظره فهذا يعني انتفاء مظنة الرفض الضمني[1].

وعلى هذا فالمتظلم لا يلتزم بالالتجاء إلى المجلس حالاً وفور انقضاء المدة، ولا بأس عليه إن هو انتظر ليرى قرار الإدارة النهائي، ويحدد موقفه على أساسه[2].

وقد عبرت المحكمة الإدارية العليا في مصر عن ذلك، بقولها: لئن كانت المادة/19/من قانون مجلس الدولة قد نصت على أن يعتبر، فوات ستين يوماً على تقديم التظلم دون أن تجيب عنه السلطات المختصة بمثابة رفضه، إلا أنه يكفي في تحقق معنى الاستفادة المانعة من هذا الافتراض أن يتبين أن السلطات الإدارية المختصة لم تهمل التظلم، وأنها إذ استشعرت حق المتظلم فيه قد اتخذت مسلكاً إيجابياً واضحاً في سبيل استجابته، وكان فوات الستين يوماً راجعاً إلى بطء الإجراءات المعتادة بين الإدارات المختصة في هذا الشأن، والقول بغير ذلك مؤداه، دفع المتظلم إلى مخاصمة الإدارة قضائياً في وقت تكون هي جادة في سبيل إنصافه[3].

أما في حال القرار السلبي الناتج عن عدم الرد على الفرد منذ البداية فيتمثل في صورة طلب يقدمه الفرد إلى الإدارة بأن تمنحه ترخيصاً معيناً، فتسكت الإدارة عن الرد عليه فلا تجيبه بلا أو نعم، ويغدو واضحاً أن نالك قراراً ضمنياً بالرفض decision implecite de rejet.

[1] محكمة القضاء الإداري في مصر: مجموعة السنة التاسعة، ص121.

[2] محكمة القضاء الإداري في مصر: مجموعة السنة السادسة، ص43، مجموعة السنة السابعة، ص295 ونفس المجموعة، ص102.

[3] مجموعة السنة الرابعة، ص266، بند22 ومجموعة السنة السادسة، ص981.

وهنا يثور السؤالان الآتيان: هل يجوز الطعن قبل فوات الستين يوماً على تقديم الطلب، وإذا مضت الستون يوماً، فهل يتحتم رفع دعوى الإلغاء خلال الستين يوماً التالية؟ قد يقال أن الطعن لا يمكن أن يقدم تقديم الطلب إلى الإدارة ولا بد من فوات ستين يوماً على هذا الطلب حتى يكون لدينا قرار سلبي يمكن الطعن فيه.

ولكن مجلس الدولة الفرنسي استقر بادئ ذي بدء غير ذلك، إذ جاز الطعن قبل مضي هذه المدة ما دامت أنها سوف تتم فعلاً أثناء نظر الدعوى، ولكن إذا حدث قبل مضي هذه المدة أن استجابت الإدارة إلى طلب الطاعن، تحمل مصاريف الدعوى باعتباره تسرع في رفعها[1].

أما إذا مضت مدة الستين يوماً فقد استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي على أن ميعاد الطعن بالإلغاء لا يسري عقب ذلك بل يظل مفتوحاً إلى أجل غير مسمى، طالما أن القرار لم يعلن ولم يعلم به صاحب الشأن، واستمر المجلس على ذلك حتى صدر تشريع قضى سريان ميعاد الطعن بالإلغاء فور انتهاء المدة السابقة[2].

وقد عرضت محكمة القضاء الإداري في مصر لهذا الموضوع، فكيفت القرار السلبي الصادر بالرفض على أنه قرار إداري مستمر، وأبقت ميعاد الطعن مفتوحاً إلى أجل غير مسمى[3].

---

[1] E،26،Oct،1949،fabert،6 Nov،1931،p958.

[2] د. مصطفى أبو زيد فهمي: القضاء الإداري، ص388.

[3] مجموعة السنتين 12و13، ص219.

وكررت هذه المحكمة نفس هذا القضاء فقضت بأن القرارات المستمرة كالقرارات السلبية الصادرة بالامتناع عن إصدار قرار معين يجوز الطعن فيها في أي وقت دون التقيد بميعاد معين، وذلك لأن القرار يتجدد من وقت لآخر على الدوام بخلاف القرارات المؤقتة التي تخضع للميعاد [1].

ولقد علق "الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي" على هذا الحكم مؤيداً إياه من حيث النتيجة وليس من حيث التكييف.

ولقد أسس رأيه على أن الطعن في هذا القرار السلبي يظل مفتوحاً إلى أجل غير مسمى لأن الطاعن لم يعلم بعد بمضمون القرار [2].

أما فكرة القرار المستمر الذي جاءت به المحكمة فهي فكرة توقع القضاء الإداري في حرج شديد، ذلك لأن عدداً كبيراً من القرارات الإدارية يمكن وصفها بأنها قرارات مستمرة، ومع ذلك يكاد يكون من المقطوع به أن ميعاد الطعن فيها لا يستمر إلى ما لا نهاية [3].

فالقرار الصادر برفض منح ترخيص هو قرار مستمر سوف يبقى طالب الرخصة خارج دائرة المنح، إن مثل هذا القرار الصريح يمكن الطعن فيه في أي وقت وفكرة القرار المستمر في هذا المجال غير موفقة ومن شأنها أن تجعل الأمور تختلط في مجال الطعن بالإلغاء، وليس أدل على ذلك أن المحكمة الإدارية العليا (مصر) قد اعتبرت القرار الصادر بوضع اسم شخص في قوائم الممنوعين من السفر قراراً

---

[1] مجموعة السنة 14، ص154، بند 88 وبند 189، ص332، نفس المجموعة.

[2] القضاء الإداري، ص389.

[3] د. مصطفى أبو زيد فهمي: القضاء الإداري، ص389.

يتجدد أثره بحكم طبيعته كلما استجدت مناسبات السفر، ومن ثم فإن القرار الصادر يمنع الشخص من السفر لا يعد تنفيذاً للقرار السابق بل هو قرار ينشئ ميعاداً جديداً للطعن في كل مرة يمنع فيه الشخص من السفر[1].

على هذا الأساس فقد رفض الدكتور أبو زيد فهمي هذا التكييف الأخير مفرقاً بين الحالتين الآتيتين:

- ✓ حالة ماذا كانت الإدارة قد أخطرت الشخص بقرار وضع اسمه في قوائم الممنوعين ففي هذه الحال لا يكن تصور تجدد ميعاد الطعن.
- ✓ أما في الحال الثانية، فهي وحدها التي يتصور بها نشوء ميعاد جديد للطعن في كل مرة، لأن الأمر سيبدو وكأنه يتعلق بعدة قرارات تصدر عن فكرة معينة تخفيها الإدارة في نفسها، ولا تعلنها صراحة لصاحب الشأن[2]، ويميز الدكتور عبد الفتاح حسن بين حالة تحديد المشرع للإدارة مدة معينة لإصدار القرار والعكس، ففي الحال الثانية إذا امتنعت الإدارة اعتبر امتناعها قراراً إدارياً مستمراً بحيث يفسح ميعاد جديد بمناسبة كل طلب جديد يتقدم به صاحب الشأن كامتناع الإدارة عن إصدار ترخيص بالصعود إلى البواخر[3].

ولقد جاءت المحكمة الإدارية العليا (مصر) في أحد أحكامها بصياغة موفقة لذلك، قالت: (ومن حيث أنه بالنسبة لعدم قبول الدعوى لرفعها بعد الميعاد فإنه مردود بأن من الثابت من الأوراق أن قرار المدعي هو المطالبة بإلغاء القرار السلبي

---

[1] مجموعة المحكمة العليا في مصر: السنة الثامنة، ص159، بند 16.

[2] د. مصطفى أبو زيد فهمي: القضاء الإداري، ص390.

[3] د. عبد الفتاح حسن: قضاء الإلغاء، ص237.

بالامتناع عن بحث التنازل المقدم منه، وتقدير التعويض له، ولا شك أن هذا القرار قرار إداري سلبي لا تتقيد المطالبة بإلغائه بميعاد معين طالما أن الامتناع مستمر[1]).

وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في سوريا بقرارها رقم/169 تاريخ 1982/5/10/في القضية رقم/169/، قالت هذه المحكمة: لا يتقيد الطعن بالقرارات السلبية بالميعاد المنصوص عليه في المادة 22 من قانون مجلس الدولة/4/.

كما أكدته أيضاً بقرارها رقم/297 تاريخ 1976/8/30/المتضمن: ((أن القرار السلبي يرفض عرض أفلام على الرقابة هو قرار متجدد أبداً والدعوى بصدده غير مقيدة بغير التقادم المدني لما كان على الإدارة إصداره ما بقيت على رفضها))[2].

وهذا هو منحى محكمة القضاء الإداري في سوريا القائل: إن موقف الإدارة السلبي بالامتناع عن تخصيص المدعي بمسكن يدل عن مسكنه السابق الذي شمله الاستملاك والهدم إنما يشكل قراراً ضمنياً متجدداً[3].

والملاحظ هنا الخلط بين القرار الضمني والقرار السلبي وهو خلط غير موفق.

---

[1] مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا، ص9149، بند 143.

[2] الطعن رقم 360 منشور في مجلة المحامين، عام 1977، قاعدة 241.

[3] الحكم الصادر في 1989/11/16 برقم 475 لعام 1919، القضية رقم 1382 لعام 1982، مجلة المحامين عدد 262، لعام 1989.

هــــذا ونــــذكر علــــى ســــبيل الاســــتطراد بــــأن القــــرارات الســــلبية les actes negative كالقرار الصادر برفض الترخيص لأحد الأفراد بمزاولة عمل معين أو مهنة معينة، ورفض الترخيص بحمل السلاح أو بفتح محل عام، هذه القرارات يجوز سحبها بأثر رجعي من قبل الإدارة باعتبارها «وباستثناء القرارات السلبية الصادرة في خصوص الموظفين» لا ترتب حقوقاً[1].

ولقد أتيح لمجلس الدولة الفرنسي أن يتحفنا بقضاء غزير حول هذا النوع من السحب، ومن أمثلة ذلك القرار الصادر برفض الترخيص بفتح محل تجاري[2].

---

[1] د. الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية، ص657 و658.

[2] حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 1962/6/12، قضية cuton، المجموعة A.J.D.F، ص234 وحكمه الصادر في 1947/6/27 قضية societé Duchet، المجموعة، ص283.

استدراك حول التعبير عن الإرادة

هـذا ويجـب التنويـه بنقطـة أساسـية وهـي أن الـرفض الصـريح أو الشـكلي présomption formel refus le هـو رفـض حقيقـي، ولكـن مـا هـو الشـأن بالنسبة للرفض الضمن، وهل هو قرينة unaqivaire أم مجرد منعة fiction.

ولا حاجـة للتـدليل بـأن المنعـة le fiction en une situaleri وهـي مـن الأمـور التي يلجأ إليها القانون في حالات كثيرة هي مركز قانوني تصوري.

يتعـارض مـع حقـائق الحيـاة، كمـا هـي الحـال بالنسـبة للشـخص المعنـوي الـذي هـو محض افتراضي صنعي، خلافاً للقرينة، التي هي عنصر يكمل حقائق الحياة حيث يفترض حقيقة ما هو قائم على الأهم الأغلب[1].

والمثال على ذلك نجده في تعيين الإدارة لشخص معين في مركـز معين، فهذا دليـل حقيقي واقعي ضمني لرفض تعيين شخص آخر[2].

وتظهر تطبيقات الإرادة الضمنية على صعيد سقوط القرار الفردي، أو ما يسمونه بالسقوط في الجهاز المفاهيمي الفرنسيdesuetude.

وبيان ذلك أن عدم تنفيـذ الفـرد للقـرار الإداري لا تـأثير لـه مـن حيـث الأصـل علـى إرادته.

---

[1] ستاسينوبولس: المطول في القرارات الإدارية، ص84.

[2] المرجع السابق، صز83.

ومـــع ذلـــك إذا امتنـــع الفـــرد عـــن تنفيـــذ الرخصـــة مـــدة مـــن الـــزمن un lùps de lémmfs anez long فهذا الوضع altitude يمكن اعتباره بمثابة قبول ضمني في إلغاء القرار[1].

ومن جهة أخرى فإن التأخير البسيط عن تنفيذ الرخصة لا يعتبر قرينة على وجود إرادة ضمنية بالإلغاء[2].

وبصورة عامة فالفقيه "ستاسينوبولس" يقدم صيغاً للقرارات السلبية على الشكل الآتي[3]:

1. القرارات السلبية الضمنية actes negatifs implicites.
2. القرارات السلبية الشكلية actes negatifs formelle .

والقرارات الأولى تنقسم إلى الأقسام الآتية:

1. مفترضة من السكوت مدة ثلاثة أشهر منصوص عنها في القانون.
2. مفترضة من انتهاء مدة معينة.
3. مفترضة من صدور قرارات إدارية شكلية.

ويتأبى الفقيه اليوناني إلغاء ضوء على أهمية موافقة الفرد على الترخيص، وإنما مـن روايـة أخـرى، ألا وهـي تمييـز قواعـد الشـكل أو النصـوص المتعلقـة بالشـكل

---

[1] المرجع السابق، ص239

[2] المرجع السابق، ص278.

[3] المرجع السابق، ص82.

من النصوص المتعلقة بالموضوع (القواعد الموضوعية disposition de form
disposition defoud).

فقواعد الشكل هي القواعد التي تستقل الإدارة في إجرائها دون تدخل من الأفراد، والعكس بالنسبة لقواعد الموضوع التي تتطلب قدراً متيقناً من تدخل الفرد، كما هي الحال في قبول الرخصة.

ويترتب على ذلك أن مخالفة القواعد الموضوعية هي دائماً مخالفة للقانون، دون أن ننتظر التمييز بين ما هو جوهري substantielle وغير جوهري كما في قواعد الشكل والإجراء[1].

يرى الفقيه اليوناني "ستاسينوبولس" أن أبرز ما يميز العمل الإداري عن العمل القضائي أو غيره أن هذا العمل يفيد تبادلياً للإدارة والفرد[2]:

"cette declaration de volonté juridique lie reciroquement l'administration et l'administré".

وبفضل هذا الالتزام المتبادل engagement bilatéral يجد الفرد نفسه خاضعاً إلى أفعال مادية تستهدف تجسيد الإرادة القانونية في الواقع المادي، ومن جهة أخرى فالإدارة تجد نفسها ملزمة بأن تجعل أعمالها تتفق مع هذا التعبير عن الإرادة[1].

---

[1] ستاسينوبولس: المطول في القرارات الإدارية، ص122.

[2] المرجع السابق، ص23.

وفي نظرنا أن هذا الالتزام المثوي المتبادل أظهر ما يظهر في الأعمال الإدارية القائمة على موافقة الفرد، الأمر الذي يجعلنا نتساءل عن التزامات الإدارة في الأوامر التي تصدرها للدفاع عن النظام العام وهو تساؤل سنشرحه في المستقبل وله نتائج عميقة على سحب الرخصة وتسبيبها وغير ذلك.

وهنالك ملاحظة أساسية تتعلق بالإرادة الضمنية وبالذات لطريقة الكشف عن هذه الإرادة والاستدلال عليها والأمارات الدالة عليها وحركة الفرائض المعبرة عن ذلك ودرج هذه الفرائض.

وبالطبع فكون الإرادة الضمنية حقيقية، وغير مفترضة، يرتب ضرورة الكشف عنها بصورة أكيدة ومن خلال علامات وأمارات وافية ولازمة وضرورية لهذا الكشف.

على هذا الأساس، فالفقه يتشدد في هذه الوسائل والقرائن الكاشفة عن هذه الإرادة الضمنية، ومن ثم فهو «وكقاعدة عامة» يرفض نشوء عمل إداري ضمني من الحالة الواقعية التي تتخذها الإدارة[2]:

"l'attitude de l'administration–faetie coneludentia"

وبيان ذلك أنه إذا ما أعطينا الإدارة مكنة التصرف عن طريق أعمال مادية operations materielles ثم سمحنا لها أن تبرر ذلك – بصورة لا حقة – بقرارات إدارية غير شكلية formelles، أي بقرارات ضمنية تنشأ من هذه الأفعال المادية، إذا فعلنا ذلك فإننا نسمح بتجاوز مبدأ الشرعية الإدارية، وفي الوقت نفسه

---

[1] المرجع السابق، ص23.

[2] Michel. D. Stassinopoulos: Traité des actes administratifs, 1954, Athènes,p124.

فهذا الأمر يتعارض مع مفهوم العمل الإداري الذي هو في جوهره تعبير قانوني يحدد بصورة مسبقة وقبلية ما هو حكم القانون في حالة فردية l'état individuel[1].

وفضلاً عن ذلك فإن التحديد الضمني لحقوق الأفراد عن طريق التنفيذ المادي المباشر هذا التحديد هو السمة المميزة للإدارة المتحكمة في دولة البوليس[2]. ومع ذلك، فهنالك استثناء مقرر لحماية الأفراد في حالة ما إذا كانت الحالة الواقعية للإدارة تعطي خلال مدة طويلة الفرد الحسن النية انطباعاً، بأن الإدارة أقرت له مركزاً قانونياً وهكذا يمكن أن تماثل هذه الحال بالقرارات التي تمنح مزايا de farieur[3].

ولكن التبدل في هذه الحال الواقعية يصبح مماثلاً لإلغاء القرار المانح للمزايا، أي ذلك القرار لا يمكن إلغاؤه إلا إذا حصل على سبب قانوني كاف وفعال[4].

وبناء على ذلك فلنفترض بأن مالكاً لقطعة أرض ابتداء في بناء منزل دون الحصول على الترخيص الذي نص عليه القانون loi ولكن هذا البناء ثم حسب اللوائح السارية والسلطة المختصة لم تمنع الأشغال التي قام بها المالك ولم تلزم المالك على الحصول على الرخصة المطلوبة[5].

---

[1] ستاسينوبولس: المطول في القرارات الإدارية، ص124.

[2] المرجع السابق، ص124.

[3] المرجع السابق، ص124.

[4] المرجع السابق، ص124.

[5] المرجع السابق، ص124.

والسؤال المطروح هو: هل تستطيع الإدارة بعد عدة سنوات أن تنذر المالك بهدم منزله على أساس أنه بنى دون رخصة؟.

الجواب بالإيجاب يكون قاسياً جداً، لأنه إذا كان البناء يتفق مع اللوائح، فإن هذا النقض في الرخصة قد غطى هذا الإهمال الكامل من قبل السلطة الإدارية، والذي يعادل الترخيص الضمني[1].

ومن جهة أخرى إذا كان البناء الذي أصبح على درجة كبيرة من الارتفاع مخالفاً للوائح ففي هذه الحال من عدم الشرعية تعطي المبرر لهدمه[2].

وبصورة عامة لا نستطيع أن نستنتج بأن هنالك قراراً ضمنياً إذا تطلب القانون بصورة غير مباشرة الشكل الكتابي[3].

---

[1] المرجع السابق، ص124.

[2] المرجع السابق، ص124.

[3] المرجع السابق، ص125.

التراخيص ذات الطابع العقدي

قلنا سابقاً أن آلية المنح بعد الحظر والمنع هي المجلة التي تدور عليها ظاهرة الترخيص، وبذلك فالمفروض بهذه النقلة أن تتم «وباعتبارها تنشئ مركزاً خاصاً وذاتياً situation individuelle » بالتصرف القانوني الذاتي الذي يتحلل بدوره إلى القرار الإداري والعقد الإداري.

وعلى هذا فقد كان المجرى العادي للأمور يقتضي السير على أساس هذا المقتضى العام لولا أننا سمعنا عبارة للدكتور الطماوي توحي ظاهراً بعكس ذلك، يقول المذكور: إذا اعتبرناه ترخيصاً أي قراراً إدارياً فإن الإدارة تتمتع في مواجهة المرخص له بسلطات واسعة.

ويقول في الصفحة ذاتها: إذا كان الاتفاق الذي يكون موضوعه شغل عام يعتبر عقداً إدارياً باستمرار، فإن ذلك لا يعني بحال من الأحوال منع الإدارة من الالتجاء إلى فكرة الترخيص، فالعقد الإداري مهما كانت السلطات التي يخولها يتضمن قيوداً تحد من سلطة الإدارة[1].

إذن يتضح من هذا النص أن هنالك إشغالين للمال العام وإن القرار الإداري هو الذي يتصف بالترخيص.

---

[1] د. الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، ص46.

وخلافاً لذلك نجد حكم مجلس الدولة المصري يقرر ما يلي: عقد الترخيص باستغلال مرفق من مرافق الدولة هو من العقود الإدارية ذات الطابع الخاص[1].

وهذا ما أكدته فتوى قسم الرأي مجتمعاً في مجلس الدولة المصري المؤرخة في 1953/1/25 المتضمنة ما يلي:

ويرى قسم الرأي مجتمعاً أن عقد الترخيص بالبحث لا يتم إلا بعد صدور قبول من الوزير المختص للإيجاب الصادر عن طالب الترخيص[2].

بقي هنالك كلمة أخيرة في الموضوع وتتعلق ببعض الاستعمالات لكلمة (ترخيص) وحقيقة الأمر أننا نجد بعض الفقهاء يستعملون كلمة ترخيص كجهاز مفاهيمي يتعارض مع الطبيعة الذاتية لهذه الظاهرة، لا سيما في مجال الوظيفة العامة.

على هذا الأساس يستعمل الفقه المصري كلمة (ترخيص) بمعنى ممارسة السلطة التقديرية، كما يستعمل هذه الكلمة بمعنى التفويض، كأن يفوض الرئيس المرؤوس القيام ببعض الأعمال أو يجيز له ذلك، فيما يتعارض مع ماهية ظاهرتنا المدروسة.

هذا ولا بد الإشارة إلى نقطة أساسية ألا وهي تلك الامتيازات (أو الأصح القول أساليب القانون العام) التي تمنح للمتعاقد مع الإدارة في مواجهة الغير.

ومن أمثلة ذلك في عقود الالتزام حيث نجد الإدارة تمنح الملتزم سلطة نزع الملكية لإقامة المنشآت اللازمة للمرفق أو تمنحه سلطات بوليسية قبل المنتفعين.

---

[1] كتابه مبادئ القانون الإداري، القاهرة، دار الفكر العربي، ط8، ص625.

[2] حكمه الصادر في 1956/3/11، السنة العاشرة، ص239.

وفي عقود الأشغال العامة نجد الإدارة تمنح المقاولين سلطة شغل العقارات الخاصة شغلاً مؤقتاً رغم إرادة أصحابها occupation temporaire أو سلطة الاستيلاء droit de requisition على الأملاك المنقولة[1] .

وغني عن البيان أن هذا الترخيص المؤقت للمتعاقد يخضع للقانون العام ولاختصاص القضاء الإداري وأنه مستمد من سلطات الإدارة الاستثنائية وأساليب القانون العام التي تملكها وقد منحت هذه الأساليب للفرد للاضطلاع بالصالح العام.

وعلى ضوء ما تقدم فهذه المكنة الخاصة الوليدة من الرخصة والتي يتلقاها الفرد، هذه المكنة تنشئ مركزاً ذاتياً، والأمر الطبيعي أن تكون وليدة القرار الإداري أو العقد الإداري، وليس هنالك سبب يدعو للقول بأنها نتاج القرار الإداري فحسب.

وهذا ما يحدونا للحديث عن هذا النوع من التراخيص.

هذا وسنتكلم في هذا البحث عن أسابا ومبررات اللجوء إلى هذا الأسلوب القانوني، ثم التطور التاريخي لموقف القضاء من هذا الأسلوب ثم الاستقرار النهائي حول الموضوع.

---

[1] د. ثروت بدوي: النظرية العامة في العقود الإدارية، ص97.

أسباب ومبررات اللجوء إلى الترخيص العقدي

ذكرنا سابقاً أن هنالك وظيفتين للإدارة هما تأمين الحاجات العامة (المرفق)، ثم حفظ الأمن والاستقرار وصيانة النظام العام (الضبط الإداري).

وقلنا أيضاً أن المال العام لا يعتبر في حد ذاته نشاطاً ووظيفة وإنما هو مجرد أداة ووعاء للنشاطين الآنفي الذكر.

وحقيقة الأمر، إذا ألقينا نظرة استقرائية على جماع التراخيص نجد أن الأغلبية الساحقة منها «حتى على نطاق الأموال العامة» تنتمي إلى مجال الضبط الإداري.

وسبب ذلك أن الرخصة في جوهرها وماهيتها الذاتية تقوم على المنع يعقبه مرحلة المنح الخاص، والمنع هو لب الوظيفة الضابطة.

وإذا كانت الأغلبية الساحقة للتراخيص تنتمي إلى الضبط، فهذا يعني أن الآلية القانونية لذلك هي القرار الإداري، ومع ذلك فهذا لا يحول أو يمنع من وجود تراخيص محمولة على الأداة العقدية (في مجال المرفق).

وسبب ذلك كما قلنا هو أن جوهر الرخصة يقوم على حقيقة موضوعية هي المنح بعد المنع، لذلك فإذا تحقق هذا الجوهر، فلا مانع من الالتجاء إلى الآلية العقدية مراعاة لدور الأفراد في بعض الأمور، لا سيما أن هذا الأداة «وهي العقد الإداري» تعطي الإدارة المزيد من المكنات والسلطان في الإدارة وتوجيه المرفق والقيام عليه دون استغراق إرادة الأفراد.

وتبدو هذه الأهمية واضحة في حال وجود مصلحة للإدارة في اختبار الأكفأ، والإدارة هنا لا تستطيع تحقيق ذلك إلا من خلال التقدم الاختياري للأفراد من

خلال تحقيق المصلحة الخاصة، وآلية ذلك العقد الذي يحقق هذا التوازن بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة.

وإذا كنا أجبنا على سؤال لماذا تلجأ الإدارة إلى أسلوب التراخيص العقدية، فعلينا أن نجيب على سؤال آخر هو ما هي الحالات التي تلجأ الإدارة لإعطاء هذا النوع من التراخيص، أي متى يتم ذلك، وما هي حالات ومجالات الإدارة التي يسودها هذا التصرف القانوني.

وحقيقة الأمر، هنالك حالات متعددة تحدو الإدارة إلى اعتناق هذا الأسلوب، كما هو الحال في عقد التزام المرافق العامة، حيث يرخص للملتزم بآلية العقد باحتلال جزء من المال العام لأشغال تتعلق بنشاط المرفق[1] .

وهنالك رخص أخرى تقوم على نوع من الاستقرار على المال العام، كما تؤدي في الغالب إلى إحداث بعض التغييرات في وعائه وشكله كتراخيص إنشاء محطات البنزين وغير ذلك.

هذا الاستقرار على المال العام حدا بعض الفقهاء للقول بأن حق المنتفع يرقى إلى مرتبة الحقوق العينية الإدارية[2] .

وهنالك حالات أخرى يتمتع صاحب الترخيص بشروط متعددة ولآجال طويلة، كما هو الحال بالنسبة لأراضي الجبانات وأراضي الأسواق العامة والأجزاء التي تخصص من شاطئ البحر لإنشاء (كباين الاستحمام) عليها، وكباين الاستحمام

[1] اندريه دي لو بادير: المطول في القانون الإداري، وهو يرى أن ولاية الترخيص تنتمي إلى القطعة الرقابية للإدارة.

[2] د. محمد زهير جرانه: حق الدولة والأفراد على الأموال العامة، ص299.

التي تعدها البلديات على شاطئ البحر لاستعمال الأفراد، إضافة إلى الأكشاك في المباني الحكومية لتقديم الحاجات إلى المواطنين بأسعار معقولة وبصورة منتظمة ومطردة.

ويرى الدكتور محمد فؤاد مهنا أن ترخيص الإدارة لأحد الأفراد بهذا الانتفاع لا يجوز اعتباره من قبيل الأعمال الإدارية الفردية المبنية على التساهل والتسامح والتي يكون للإدارة حق إلغائها في كل وقت وإنما يجب اعتبارها عقوداً أو اتفاقات تحكمها القوانين واللوائح الإدارية التي تنظم الانتفاع بالمال العام، وتكسب المنتفع حقوقاً على المال العام يختلف مداها وقوتها باختلاف نوع الانتفاع ونوع المال المقرر عليه الانتفاع[1].

ذلك لأن الترخيص بالانتفاع يكون في هذا المال منتفعاً مع ما خصص له المال العام، بمعنى أن النفع العام والنفع الخاص يتحدان ويلتقيان في نقطة واحدة، فيتحقق النفع العام، بتحقيق النفع الخاص[2].

والسؤال المطروح هنا هو: لماذا لا تلجأ إلى آلية العقد الإداري في مثل هذه الحالات، وهذه الآلية القانونية هي الإدارة الأمثل لموازنة الحد العام بالحق الشخصي ومن الطبيعي والحالة هذه أن تبقى الحقوق التي تقر للأفراد في هذه الحالات وأمثالها ثابتة ومستقرة طالما بقي المال مخصصاً للنفع العام.

وعلى هذا فالسلطة الإدارية تلتزم باحترام حقوق المرخص لهم بالانتفاع، وتخضع فيما يتعلق بمنح تراخيص الانتفاع بهذه الأموال أو رفعها أو إلغائها للقواعد التي

---

[1] د. محمد فؤاد مهنا: القانون الإداري العربي في ظل النظام الاشتراكي الديموقراطي التعاوني، ص749.

[2] المرجع السابق، ص75.

تقررها القوانين واللوائح بالنسبة لكل نوع من أنواع الانتفاع، فلا يجوز لها مثلاً أن ترفض منح الترخيص المطلوب، إذا كان الطلب مستوفياً جميع الشروط التي تنص عليها القوانين واللوائح كما لا يجوز إلغاء الترخيص طالما بقي المنتفع قائماً بجميع الالتزامات المقررة في الترخيص والتي تفرضها القوانين واللوائح في كل حال، اللهم إلا إذا رأت لاعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة إلغاء تخصيص المال لهذا النوع من الانتفاع، فإنه يكون لها في هذه الحال إلغاء التراخيص السابق منحها بالنسبة للمال الذي تقرر إلغاء تخصيصه لهذا الانتفاع.

والأمر على خلافه بالنسبة للانتفاع الذي يقرر على مال غير معد لذلك، فالترخيص به يعتبر من قبيل الأعمال الإدارية المبنية على التسامح، وتتمتع الإدارة فيما يتعلق بالترخيص بمثل هذا الانتفاع أو إلغائه بسلطة تقديرية واسعة، ولا يجوز الطعن في قراراتها في هذا الشأن إلا إذا صدرت مشوبة يعيب إساءة استعمال السلطة، والمثال على ذلك يتجلى في الترخيص بشغل الطريق بأدوات ومهمات أو مناضد أو كراسي أو بإنشاء أكشاك بيع الجرائد او محطات البنزين[1].

ونظراً لأهمية هذا الموضوع فقد وجدنا من الأهمية تتبع تطور هذا الموضوع في النظام القانوني الفرنسي والمصري.

مما لا شك فيه أن الاتفاق إذا ما ورد على عين تابعة للمال الخاص، فالعقد المبرم هو عقد إيجار ينتمي إلى القانون الخاص.

[1] د. محمد فؤاد مهنا: القانون الإداري العربي في ظل النظام الاشتراكي الديموقراطي التعاوني، ص751.

أما بخصوص ورود التخصيص على المال العام، فقد كان الرأي الغالب فقهاً «حتى سنة 1938» أن الاتفاقات التي يتضمن محلها شغلاً لمال عام يعتبر عقوداً إدارية باستمرار وفقاً لمحلها، لأن المال العام يخضع لنظام استثنائي ولو أن صياغة بعض الأحكام التي صدرت عن مجلس الدولة الفرنسي كانت توحي باحتمال وصف تلك العقود بأنها من عقود القانون الخاص[1].

ولكن المشّرع تدخّل سنة 1938 في هذا المجال فأصدر مرسوماً بقانون جعل بمقتضاه المنازعات المتعلقة بتلك العقود من اختصاص القضاء الإداري، وهكذا أصبحت تلك الاتفاقات عقوداً إدارية، بتحديد المشرع.

وعلى الرغم من هذا النص، فقد ترددت المحاكم القضائية قليلاً حتى تدخلت محكمة التنازع، وحسمت هذا الموضوع مستندة إلى إطلاق النص[2].

وهذا ما ردده باستمرار مجلس الدولة الفرنسي في أحكامه الحديثة ومنها على سبيل المثال حكمه الصادر في 1950/4/29، والذي جاء فيه:

"وحيث أنه يتجلى بوضوح: سواء من نصوص المرسوم بقانون الصادر في 1938/9/17 أو من أعماله التحضيرية، أن العقود التي تتضمن شغلاً للمال العام، أياً كان شكلها أو تسميتها، تكتسب الصفة الإدارية وتخرج بالتالي عن اختصاص القضاء العادي ومن نطاق القانون الخاص.

---

[1] حكم مجلس الدولة الفرنسي: 1925/2/7، قضية el' de fer de l'Eliel المجموعة، ص142.

[2] حكم محكمة التنازع الصادر في 1942/9/12، القسم الثالث، ص29.

وعلـى الأسـاس السـابق اعتـبر القضـاء الإداري الفرنسـي عقـوداً إداريـة الاتفاقات التي تبرمها الإدارة مع الأفراد بقصد شغل جزء من شاطئ البحر لبناء كبائن الاستحمام[1]، أو لإقامة معدات لبعض الشركات في الموانئ العامة[2].

وكذلك الشأن في تأجير الإدارة لقطعة أرض من المال العام لأحد الأفراد لإقامة مسلخ[3]، وتخصيص أجزاء معينة من الأسواق العامة لبعض الباعة، أو مساحات محددة من الجبايات العامة كمدافن لبعض الأفراد.

ولقدد اعتبرت محكمة التنازع الفرنسية عقداً إدارياً ذلك العقد المتضمن الترخيص باستغلال محجر والمتضمن شروطاً استثنائية مثل الرقابة والإشراف وحق الإدارة أن تتولى التنفيذ بنفسها في حال التقصير، الحكم الصادر بتاريخ 1950/7/27، مصر، قضية pollbabernf، المجموعة، ص 505.

---

[1] حكم المجلس: 1930/9/19، قضية montagne.

[2] حكم المجلس: 1949/6/21.

[3] حكم المجلس: 1930/2/21، قضية:

Ste générales des abattoirs muniapoux de France: GFF-Générale Frigorifique France.27المجموعة ص

وحقيقة الأمر أن هذا الموضوع ارتبط ارتباطاً وثيقاً بقواعد الاختصاص، إذ كانت المحاكم القضائية تختص بالفصل في المنازعات المتعلقة بكافة عقود الإدارة، قبل أن ينتقل هذا الاختصاص إلى القضاء الإداري بمقتضى القانون رقم 165 لسنة 1955، كما أنها كانت مختصة بالفصل في جميع المنازعات الإدارية قبل إنشاء القضاء الإداري سنة 1946.

ولهذا فالنظام القانوني لاستعمال الأفراد للمال العام استعمالاً خاصاً قد مرَّ بمرحلتين: مرحلة القضاء الموحد، ثم مرحلة القضاء الإداري.

1- مسلك المحاكم العادية:

ذهبت هذه المحاكم إلى أن استعمال الأفراد للمال العام استعمالاً خاصاً لا يكون إلا بمقتضى تراخيص أي قرارات إدارية، ومن أوضح الأمثلة على ذلك، حكم محكمة النقض المصرية الصادرة في 1944/11/13، وقد جاء فيه: (إن تصرف السلطات الإدارية في الأملاك العامة لانتفاع الأفراد لا يكون إلا بتراخيص، والترخيص بحكم طبيعته معين الأجل، غير ملزم للسلطة المرخصة، التي لها دائماً «لداعي المصلحة العامة» المحق في إلغائه والرجوع فيه قبل حلول أجله، إن إعطاء الترخيص ورفضه وإلغاءه والرجوع عنه، كل ذلك أعمال إدارية بحكم القانون العام، وصدور الترخيص مقابل رسم لا يمكن أن يخرجه عن طبيعته، ولا يجعله عقد إيجار عادي خاضع لأحكام القانون المدني).

ولقد استمرت محكمة النقض المصرية باعتناق هذا المسلك في أحكامها الحديثة، ومنها على سبيل المثال حكمها الصادر في 1955/11/10، والمتعلق بتأجير (بوفيه) في إحدى محطات السكك الحديدية[1].

2- قضاء مجلس الدولة المصري:

لقد مال مجلس الدولة المصري في أول الأمر إلى اعتبار الأعمال السابقة بمثابة تراخيص، وقد جاء فيه: إن الترخيص لمدة شهر لأحد تجار الفاكهة بالانتفاع بعنابر الموز بسوق الخضار، يعتبر ترخيصاً مؤقتاً ينتهي بانتهاء المدة[2].

وتأكد هذا في حكم مجلس الدولة المصري الصادر في 1955/6/4 وقد جاء فيه: أن الاتفاق المبرم بين مصلحة السكك الحديدية وبين الشركة الدولية لعربات النوم بشأن استغلال عربات الأكل والبولمان بالقطارات، هو ترخيص اتخذ صورة عقد إداري يقصد إشغال مال عام واستعماله على وجه لا يخالف الغرض المخصص من أجله[3].

ولقد كان هذا الموقف عرضه للنقد من قبل الفقه الإداري[4].

ويرى الدكتور الطماوي أن موقف القضاء المصري القديم كان له ما يبرره، على اعتبار أن القضاء العادي كان هو المختص في النظر بأغلب العقود الإدارية، وأن القضاء الإداري لم تكن له الولاية إلا في عقود الامتياز والأشغال والتوريد، وهكذا

---

[1] المجموعة الرسمية سنة 1946، ص142.

[2] مجموعة أحكام النقض المدنية، السنة السادسة، ص1480.

[3] السنة التاسعة، ص211.

[4] د. فؤاد عطار: القانون الإداري، ص557.

فقد كان القضاء العادي مضطراً إلى الأخذ بالتكييف السابق حتى تتمكن الإدارة من إلغاء كل تصريح لا يتفق مع الصالح العام[1] .

أما وقد أصبح القضاء الإداري صاحب الولاية العامة للنظر بكافة العقود الإدارية فإن اعتبار تلك التصرفات عقوداً إدارية، يمكن الإدارة من تحقيق الصالح العام، كما أنه يضفي بعض الثبات والاستقرار على مركز الأفراد الذين يتعاملون مع الإدارة لا سيما أن المتعاقد قد يتكلف مبالغ كبيرة في إقامة منشآت على المال العام موضع الاتفاق، ومن ناحية أخرى فإن اعتبار الاتفاق من قبيل العقود الإدارية يخول القاضي عند النظر في النزاع سلطات أوسع من تلك التي ينتفع بها قاضي الإلغاء[2] .

والخلاصة أن آلية العقد الإداري تعبير عن نسبية الحقائق وتوازنها وتقابلها والالتقاء في نقطة توازن المصالح partie –parie المصلحة العامة والمصلحة الخاصة.

ويبدو أن الفقه المصري لعب دوراً في تحريك شراع القضاء الإداري بالأخذ بهذا التكييف الأخير، وهذا ما يتضح من حكم محكمة القضاء الإداري في مصر الصادر[3] في 1956/9/16، فيما يتعلق بتأجير مقصف في مبنى حكومي مما جرى القضاء أولاً على اعتباره ترخيصاً إدارياً.

---

[1] د. الطماوي: مبادئ القانون الإداري، ص631.

[2] المرجع السابق، ص632.

[3] القضية رقم 222 لسنة 10 القضائية.

ولقد تتوج هذا التكييف باعتماد المحكمة الإدارية العليا في مصر بترخيص مصلحة الآثار لأحد الأفراد بشغل قطعة أرض من أملاك الدولة لاستعمالها منشر سلات وجلود، وذلك لمدة سنة تتجدد من تلقاء نفسها لمدة أخرى ما لم يعلن أحد الطرفين الآخر بعدم رغبته في التجديد قبل انقضاء المدة بشهر واحد، ومع حفظ حق الحكومة في إلغاء الترخيص في أي وقت كان إذا أنه على الرغم من وصف الانتفاع الخاص في هذه الحال بأنه ترخيص، فقدرات المحكمة الإدارية العليا أنه اصطبغ بصيغة العقد الإداري، ولا يغير من ذلك وصف هذا العقد بأنه ترخيص، وأن المبلغ المقابل للانتفاع هو رسم، لأن الحكومة حين خصت المنتفع بجزء من الملك العام، فإنها كانت مستغلة لهذا الجزء باعتبارها مالكة له تحكمها قواعد القانون العام. ولم يكن ذلك إفصاحاً عن إرادة الإدارة الملزمة، بل نتيجة لاتفاق تبادل فيه الطرفان الحقوق والواجبات.

وقد استطردت المحكمة لتضع قاعدة عامة في هذا الصدد، حيث أكدت ما يلي: "غني عن البيان أن العقد الذي يكون محله الانتفاع لمال عام، هو بطبيعته من العقود التي تخضع لأحكام القانون العام، لأنها ترافق طبيعة المال العام ولاتصالها الوثيق بمقتضيات النفع العام[1].

ونعتقد أن المعيار الحاسم في ذلك هو الصالح العام، فالإدارة انطلاقاً من ذلك، قد نرى أن مصلحتها الاختيار بين النظامين نظام القرار الإداري، أو نظام العقد الإداري.

---

[1] حكمها الصادر في 1962/3/31، السنة7، ص535، وانظر حكمها الصادر في 1962/3/31، السنة 7، ص527، والمتعلق لعقد الإيجار المبرم مع وزارة الدفاع باستغلال ملاحة بور فؤاد وقد اعتبرت هذا الترخيص عقداً إدارياً.

وموقف الإدارة هذا الشأن يشبه موقفها في حياة المرفق العام، إذ أن هذه الحياة تسمح لها الخيار بين نظام عقد القانون الخاص ونظام عقود القانون العام.

وعلى الإدارة في مثل هذا الحال أن تنص صراحة على أن الاتفاق بينها وبين الأفراد هو من قبيل التراخيص لا العقود[1].

ورائد الإدارة في ذلك هو الصالح العام، وتحقيقاً لذلك فقد تلجأ إلى نظام القرار الإداري حتى تتسلح بمزيد من المكنات والسلطات القانونية الأوسع، كرفض الترخيص وإنهائه، أو تعديل شروط استعماله، أو وقفه مؤقتاً.

والإدارة في كل ذلك تخضع لمقتضى الصالح العام، فإن انحرفت عن ذلك كان تصرفها مشوباً يعيب الانحراف في استعمال السلطة le détournement de pouvoir وحق لكل في مصلحة أن يطلب إلغاءه، إضافة إلى التعويض.

ولقد ذهبت محكمة القضاء الإداري المصرية أبعد من ذلك إذ أعطت الحق للمتضرر في طلب التعويض، وحتى ولو نص الترخيص على أنه لا يجوز طلب تعويضات عن ذلك الإلغاء[2].

هذا وأن السمة العقدية للترخيص لا تمنع من تضمينه شروطاً لصالح الأمن العام أو الصحة العامة، حتى في حال عدم وجود النص فللسلطة الإدارية صيانة هذه الحقوق ولو تعارض الأمر مع مصلحة المنتفعين[1].

---

[1] د. الطماوي: مبادئ القانون الإداري، ص632، "طبعاً حكمة تراخيص تعني هنا قرارات وقد انتقدنا سابقاً هذه المقابلة بين التراخيص والعقود لأن العقد قد يكون ترخيصاً".

[2] 1954/2/15، السنة9، ص145.

ولقد حاول الفقه الإداري[2] مقاربة سمات العقد الإداري المانح للترخيص ومن هذه السمات:

1- يندر أن يكون محل مناقشة حرة والأغلب أن يكون معد سلفاً من قبل جهة الإدارة.

2- ليس للعقد شكل معين والأغلب أن يكون مكتوباً.

3- تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية في إبرامه.

4- له مقابل يحدده القانون أو الإدارة المالكة أو الحائزة على ضوء القيمة الإيجارية للمال والمكاسب التي يحصل عليها المرخص له ويعتبر المقابل أجراً.

5- للإدارة إنهاء العقد أو تعديل أحكامه بإرادتها المنفردة، ولها أن تفرض شروطاً جديدة للاستعمال، أو أن تنقل موقع الاستعمال إلى مكان آخر بصورة دائمة أو مؤقتة، غير أن ذلك لا يمتد إلى الشروط المالية.

6- للمتعاقد استعمال المال العام وفقاً للشروط ويخضع في ذلك لصلاحيات الضبط الإداري.

7- تستطيع الإدارة إلغاء العقد دون تعويض وقبل انتهاء مدته، وذلك في حال اخلال المتعاقد بالتزاماته، أو تنازله عن العقد للغير، كما أن لها هذا الإلغاء للصالح العام في أي وقت مقابل تعويض (مصلحة السير أو صيانة المال أو تنفيذ أشغال عامة).

---

[1] د. محمد فؤاد مهنا: القانون الإداري العربي في ظل النظام الاشتراكي الديموقراطي التعاوني، ص745.

[2] د. عبد الفتاح حسن: قضاء الإلغاء، ص323.

8- ينتهي العقد بانتهاء مدته أو بتحقيق الشرط الفاسخ، أو باتفاق الطرفين، أو بهلاك محل العقد.

9- إذا انتهى العقد وجب إخلاء المال العام فوراً.

وفضلاً عن ذلك، فقد أتيح للقضاء الإداري في مصر أن يناقش بعض العقود الإدارية (عقد إيجار مقصف مدني حكومي)[1].

وفي الوقت نفسه أن يعتبر شروط هذا العقد غير مألوفة أي تخضع للقانون العام، وهذه الشروط هي:

1-التزام المتعاقد بتهيئة المقصف وإعداده لخدمة موظفي المحكمة، وجمهور المتقاضين وما يلزمهم من المشروبات والمأكولات.

2- تقديم المشروبات والمرطبات والمأكولات بأسعار محددة، على أن يكون للإدارة حق زيادتها أو إنقاصها.

3-التزام المتعاقد بتقديم بعض المشروبات بأسعار مخفضة للموظفين.

4-تنفيذ أوامر جهة الإدارة إذا رأت ضرورة نقل أحد عمال المتعاقد لسبب ما كعدم نظافته أو سوء سلوكه.

5-حق الإدارة في إجراء التفتيش على المقصف وأعماله في أي وقت، وإعطاء الأوامر المتعلقة بالنظافة واستبدال المعدات على حساب المتعاقد المقصر.

---

[1] محكمة القضاء الإداري في مصر: حكمها الصادر في 1956/12/13، وحكمها الصادر في 1957/6/2 و 1968/5/5 و 1970/11/15 ثم حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في 1961/5/13.

6-حقها في فسخ العقد والإخلاء دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار.

هذا هو رأي القضاء الإداري في مصر في تصويب حق الإدارة في وضع مثل هذه الشروط باعتبارها من مقتضيات شروط القانون العام.

وفي نظرنا أن هذه الشروط المذكورة مشروعة، اللهم إلا ما يتعلق بالبدل المالي، فهذا الشرط جامد وصارم وغير قابل للتعديل أو التغيير إلا بموافقة المرخص له، وهذا هو منطلق النظرية العامة للعقد الإداري الذي يحترم الشرط المالي ولا يعتبره من الأحكام الآمرة.

والأمر نفسه بالنسبة لشرط الفسخ فقد جاء مطلقاً دون أن يفيد الإدارة بشرط الصالح العام أو النظام العام أو غير ذلك، وهذا ما يعطي الإدارة فرصة التحكم والخروج على مقتضى التقدير الإداري، وفرق شاسع بين التقدير والتحكم.

وكما قلنا سابقاً، للإدارة الخيار في اللجوء إلى أسلوب التعاقد في القانون العام أم الخاص، وبالمقابل فالقضاء الإداري هو الذي يكشف عن هذا التوجه في حال الغموض، وله الحق بالاكتفاء بشرط واحد لإظهار نية الإدارة والكشف عنها في الأخذ بأسلوب القانون العام[1].

وتفسير ذلك بالطبع يرجع إلى حركة القرائن في المرفق العام وتكوينها ومبررها وقيامها في إطار المرفق العام على أصل وأساس عام مفترض لصالح القانون العام.

هذا وقبل إنهاء هذا الموضوع لا بد من تسجيل الملاحظتين الآتيتين:

---

[1] حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر الصادر في 1962/3/31.

1- باستعراض هذا البحث يتضح أنه تم استعمال كلمة ترخيص استعمالاً خاصاً ومضيقاً يقصد منه فقط القرار الإداري في حين أن هذه الكلمة استعملت موسعاً lato sensu يقصد منه العقد الإداري إضافة إلى القرار الإداري.

ونحن بدورنا لا نرى مانعاً من التمسك بالمعنى الموسع لسبب بسيط هو أن (الترخيص) مفهوم يعني الخروج من حال المنع إلى حال المنح، وهذا الخروج قد يتم بالعقد إلى جانب القرار، وبذلك يكون هذا الخروج هو الذي يحدد هذا المفهوم القانوني (الترخيص) وبالتالي فآلية العقد قادرة على الإخراج من حالة المنع إلى الحالة الأخرى المنح.

وفي نظرنا أن هذا المعنى الموسع لا يتعارض مع المدلول اللغوي، إذ أن كلمة (رخص) لغوياً تعني الإذن، وهذا الإذن قد يكون بآلية العقد والقرار، وإن كان الغالب الراجح اللجوء إلى القرار، وبذلك تكون كلمة ترخيص تعني من باب التغليب القرار ليس إلا.

2-نصت المادة الأولى من القرار بقانون رقم 106 لعام 1958 على ما يلي: تعتبر عقود استثمار العقارات المملوكة للدولة والبلديات والمؤسسات العامة التي أنشئت لتقوم بخدمة لها صفة النفع العام تراخيص إدارية، ولا تخضع لأحكام قوانين الإيجار النافذة في كل ما يخالف الأحكام الواردة منه.

ولقد تأكد هذا المعنى في المرسوم التشريعي رقم 20 تاريخ 1984/8/6 الذي اعتبر عقود استثمار عقارات الخط الحديدي الحجازي تراخيص صادرة عن جهة إدارية[1].

[1] حكم محكمة الاستئناف المدنية السادسة في دمشق القضية رقم 1333، أساس لعام 1991 قرار 143 تاريخ 1991/7/18 منشور في مجلة المحامين لعام 1992، قاعدة رقم 52.

ويتضح من هذين النصين أن التشريع السوري أعطى لكلمة ترخيص إداري معنى موسعاً ينطوي على العقود الإدارية.

وغني عن البيان أنه إذا لم تكن للعقار صفة النفع العام، فهو بذلك لا يخضع للمرسوم 106 رقم 111 لعام 1952[1].

3-ولقد أتيح للقضاء السوري أن يؤكد السمة العقدية للترخيص، وذلك في الرخصة الممنوحة لشركة منهل للتنقيب عن النفط.

والملاحظ أن الإدارة ألغت هذه الرخصة بموجب قرار إداري صادر عن رئيس الجمهورية حيث اعتبرت محكمة القضاء الإداري نفسها مختصة بالنظر في ذلك لأن القرار جزءاً من منطقة العقد، وكما أكدته هذه المحكمة بقولها: كل طلب إلغاء يستند إلى نصوص العقد نفسه، ويكون تنفيذاً له إنما تكون المنازعة بشأنه محك للطعن أمام محكمة القضاء الإداري على أساس استعداد الولاية الكاملة لهذا القضاء، لأن اختصاص هذه المحكمة بالفصل في المنازعات الخاصة بالعقود الإدارية هو اختصاص مطلق شامل لأصل ثلث المنازعة وما يتفرع عنها[2].

---

[1] حكم محكمة الاستئناف المدنية السادسة في دمشق القضية رقم 2690 لعام 1989 قرار رقم 663 لعام 189 تاريخ 1989/11/8، منشور في مجلة المحاميين عدد 68 لعام 1990.

[2] حكم هذه المحكمة رقم 120، الطعن رقم 10 لسنة 1967 منشور في مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري عام 1967، مع تعقيبات المحكمة الإدارية العليا عليها، ص64.

والملاحظة الثانية تتعلق بإنهاء العقد الإداري، فهذا الإنهاء قد يكون قضائياً أو بالاستناد إلى قرار إداري[1]، وبذلك فقرار رئيس الجمهورية في سوريا بالإلغاء السابق بأداة القرار، هذا الإنهاء يتفق مع المبادئ القانونية.

الإرادة الضمنية والمفترضة

في مجال العقود الإدارية المرخصة

عرضنا سابقاً للقرارات الإدارة السلبية والضمنية والمفترضة، وهنا يتبادر إلى الذهن ما إذا كانت هذه الصفات تقترن بالعقود الإدارية لا سيما أن هذه العقود قد تتوج بمنع ترخيص ما.

ونعتقد أن ذلك أمراً بديهياً، إذا العقد كالقرار قد يكون صريحاً وقد يكون ضمنياً، ومن تطبيقات ذلك على صعيد العقود الإدارية حالة امتداد عقد من عقود الإدارة بعد نهايته[2]:

"continuation d'un contrat après son expiration par un accord".

---

[1] د. سليمان محمد الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط2، 1965، ص767.

[2] حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 1951/6/15، قضية ste hydrautique asise المجموعة ص349.

وقد تكون الإدارة مفترضة، ومن مظاهر ذلك أن يقوم المتعاقد بتنفيذ أعمال ضرورية في إطار عقد الأشغال العامة، وهي أعمال لم ينص عليها في العقد، ولكن يتبين أثناء التنفيذ أنها ضرورية لحسن تنفيذ المشروع، وفقاً لقواعد الفن المرعية.

فهذه الأعمال الضرورية تعتبر من قبيل الامتداد للعقد، وفقاً للنية المفترضة للطرفين، وذلك أنه يفترض أن المتعاقدين، قد رضيا فقد ما إن يقوم المتعاقد بتنفيذ جميع الأعمال اللازمة للمشروع المتفق عليه[1].

وتظهر الإرادة المفترضة إذا ما تغيرت ظروف تنفيذ العقد بصورة مغايرة للمألوف التي كانت موجودة وقت التعاقد، فمجلس الدولة الفرنسي يهدر الاتفاق ويبحث عن الإرادة التي كان من الممكن أن يلتقي عندها الطرفان المتعاقدان لو أنهما وقت التعاقد كانا قد توقعا الظروف الجديدة[2].

وندلل استطرادنا بأن القطاعين المادي والإداري يأخذ بفكرة العقود الضمنية، غاية الأمر أن مجلس الدولة يقدم الإرادة الضمنية على الإرادة الظاهرة، حتى ولو لم تكن الأولى أكيدة ومحققة، على خلاف القضاء المدني الذي لا يأخذ بالإرادة الضمنية إلا إذا أمكن الكشف عنها بصورة أكيدة[3].

---

[1] د. الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، ص583.

[2] د. ثروت بدوي: مبادئ القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1966، ص128.

[3] المرجع السابق، ص128.

تحديد طبيعة الأعمال المركبة وانعكاس ذلك على الرخصة

يحدث عملياً أن تكون إما عقد مركب convention complexe، يكون أحد عناصره متعلقاً بالترخيص الإداري والعناصر الأخرى تنتمي إلى القانون الخاص، فهل يطغى العنصر الإداري على الجانب الخاص، وما هو الحل؟.

يجري القضاء الإداري في فرنسا على معاملة الاتفاق كوحدة كاملة، le primeire de lunité de la convention آخذاً بعين الاعتبار العنصر الأقوى le élément prédominant ويطبع العقد بطابعه.

وهذا هو قضاء مجلس الدولة الفرنسي في موضوع الرخصة الممنوحة في استثمار ينابيع المياه المعدنية le boux sources eaux miérales إذا صحب التأجير عناصر أشغال عامة أو امتياز بمرفق عام[1].

فمجلس الدولة غلّب هنا عنصر الأشغال العامة أو امتياز المرفق العام وقد اعتبر مجلس الدولة المصري من هذا القبيل مجموعة الاتفاقات التي تمت بين الإدارة

[1] حكمه الصادر في 1931/6/22، قضية ste des automolilr talolt، المجموعة ص86 وحكمه الصادر في 1925/7/3، قضية de meslieul داللوز سنة 1926، القسم الثالث، ص17.

وبين المتعاقد بخصوص استصلاح وتعمير منطقة المقطم والمنتزه بمثابة عقد امتياز[1].

ويمكننا أن نضيف إلى ذلك القرارات الإدارية المعطلة actes detachables التي تتوج بانتظام عقد إداري أو تحول دون إتمامه وقد تدخل هذه القرارات في عملية مركبة تعود إلى إصدار قرار إداري (إجراءات نزع الملكية أو التوظيف أو الترخيص).

ففي الحال الأولى فإن الطعن بالقرار المنفصل «إذا تم إبرام العقد» يكون لغير المتعاقد أما المتعاقد فسبيله قاضي العقد أي القضاء الكامل[2]، ومع التدليل بأن إلغاء القرار المنفصل في إطار العقد الإداري لا يؤدي إلى إبطاله «سنداً لقاعدة ما بني على باطل فهو باطل» اللهم إلا إذا تمسك المتعاقد بذلك[3].

وبالطبع فالمتعاقد يسترد حقه في الالتجاء إلى قضاء الإلغاء إذا ما صدرت عن الإدارة قرارات غير مشروعة بصفة أخرى، أي لم تستند في إصدارها إلى صفتها كمتعاقدة فحينئذ يكون للمتعاقد، كسائر المواطنين أن يطلب إلغاء تلك القرارات إذا ما استوفى شرط المصلحة، وكان القرار المطلوب إلغاؤه غير مشروع، وهذه

---

[1] فتوى مجلس الدولة المصري الصادر في 1957/7/29، وانظر د. سليمان محمد الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، القاهرة، 1965، ط2، دار الفكر العربي، ص90.

[2] د. الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، ص179.

[3] المرجع السابق، ص181.

القرارات لا علاقة لها بالعقد، كأن تصدر الإدارة « بناء على سلطات البوليس» قرارات يكون لها أثرها على المتعاقد[1] .

---

[1] المرجع السابق، ص190.

في إنشاء الرخصة الإدارية

وكما ذكرنا سابقاً فقد تم منهجنا وتخطيطنا الفكري لبحث الرخصة على أساس المظهر الانتشاري (الأفقي) لهذه الظاهرة القانونية لا سيما أن التغلغل مع المظهر الشاقولي للظاهرة المذكورة يتفق مع هيكلة النظرية العامة للقرار الإداري، وهو أمر خارج عن خيارنا وموضوعنا.

وعلى هذا الأساس، فستقوم بدراسة المواضيع الآتية:

1- المركز القانوني الذي تنشئه الرخصة.

2- صلاحية السلطة الإدارية في منح الرخصة الإدارية.

3- البدل المالي في الرخصة.

هذا وسنعقب على هذه الأبحاث بدراسة نقدية لموقف القضاء الإداري السوري من إجازة السلطة الإدارية بقبول تنازل الأفراد عن أراضيهم مقابل الحصول على الرخصة.

الفرع الأول

مقاربة فكر الحق في القانون الإداري
وإسقاط ذلك على المركز القانوني الذي تنشئه الرخصة

لقد وسمنا هذا البحث بعنوان (مقاربة) لسبب بسيط هو أن النظام لا يتسع أمامنا للغوص في دراسة تفكيكية نحفر بها الطبقات العميقة للموضوع.

لهذا فسيقتصر وكدنا على التناول السريع للمفاصل الأساسية للموضوع محيلين بذلك إلى أمهات القانون الإداري التي اضطلعت بالشرح والتفصيل.

وحقيقة الأمر أن (الحق) في القانون الإداري يختلف جذرياً عنه في القانون الخاص لجهة الوسيلة والغاية، والنطاق والحدود، والمقوم الداخلي التكويني.

فالفرد في القانون الخاص يتسلط بقوة وحرية على حقه، ويتصرف به كما يشاء، وما عليه إلا أن يترسم حدود القانون، خلافاً لفكرة الحق في القانون الإداري التي هي أثر مباشر للنظام القانوني، والفارق واضح بين من يتحرك بالقانون، ومن يتحرك في حدود.

في الحال الأولى يغدو القانون علة وسبباً في حين يتحدد في الحال الثانية كإطار وسقف ليس إلا، إما لجهة الوسيلة، فالحق يلد في القانون الخاص «على الأهم الأغلب» بالعقد في حين أن القرار الانفرادي هو العجلة التي يدور عليها النشاط الإداري، والتي تولد فكرة الحد.

وبالطبع فالقرار الإداري يعمد على آلية مسبقة وموضوعية سلفاً هي القاعدة التنظيمية وما يميز العقد ولا شك، هو فكرة الالتزامات المتبادلة بين المتعاقدين لسبب بسيط هو أننا حيال شخصين يتحاوران ويتعارضان ويتشادان وكل طرف يسعى لتحقيق مصلحته، وصولاً إلى نقطة التقاء المصالح parie – parti.

والأمر على خلافه بالنسبة إلى الأوضاع القانونية في مجال القانون الإداري، فإلى جانب العقد، هنالك حالات، تنفرد بها السلطة الإدارية في إدارة عجلة الحياة بما يتفرع على ذلك من نتائج أهمها توليد المراكز القانونية الذاتية والعقوبات الإدارية والأوامر والرخص...الخ.

وهذا الأمر ينعكس تقنوياً على فن الصياغة إذ القرار الإداري هو الأداة التي برزت يسموها وفعاليتها، كيما تتبع للإدارة الانفراد بتحديد المركز القانوني، إذ لا يعقل أن يشترك الموظف المعاقب في فرض العقوبة، والأمر نفسه بالنسبة للمصادرة أو الاستملاك وغير ذلك.

وفضلاً عن ذلك فوقوف المتعاقدين على قدم المساواة en pied dégalité يقدم لنا فكرة جامدة rigid لفكرة الحق في القانون في الخاص، باعتبارنا أمام صيغة وحالة ووضع واحد هو المساواة في جرعة القوة والمكنة التي يمتلكها كل من المتعاقدين خلافاً للإدارة التي تمتلك كل القوة والسعة، وتظل مشرفة على أفق واسع في تحديد المركز القانوني وهذا ما يتيح لها أن تعانق وتماس وتحتك بحالات لا حصر لها من حالات إفراغ جرعة القوة التي تمتلكها إسلاساً ومرونة وتعاملاً مع الأفراد وتحقيقاً للصالح العام من خلال تشكلات وأوضاع متعددة من الصولجان والسيادة والسمو، وهذه هي مظاهر وسمات القانون الإداري ذلك القانون الذي

وصف بسبب مرونته بأنه سر ولغز يغري بالحماس والحيوية ليسّير كنهه وتحس دقات قلبه وتعرجاته وتضاريسه الثرة والمثرية.

ونعتقد أن البحث في نطاق فكرة الحق في القانون الإداري إنما يأتي نتيجة لعلته ألا وهي عناصر هذه الفكرة ومقوماتها. فما هي هذه العناصر؟؟.

لا شك أن الإجابة عن ذلك يتحدد بعد ضبط عناصر ومكونات فكرة الحق في القانون الخاص؟؟.

وحقيقة الأمر، فقد تعددت الأنظار[1] حول هذه المقومات، وإن كنا سنكتفي بما قدمه الفقيه دابان حول ذلك في كتابه الموسوم بعنوان le droit subjectif.

وفي نظر "دابان" أن الحق يقوم على مقومين أساسيين ومتضايفين ومتكاملين، هما فكرة الاستئثارapportenance، والتسلط maîtrise، وهذان العنصران هما وجهان: لحقيقة واحدة، الأمر الذي يجعلنا القول أن الحق فكرة مركبة: استئثار – سلطة.

فالاستئثار هو اختصاص شخص على سبيل الانفراد إما بشيء أو بقيمة ما، وهذا الاستئثار قد يكون على شيء معين (حق الملكية) أو على أداء معين أي على القيام بعمل أو الامتناع هذه.

والتسلط الذي هو امتداد للاستئثار هو سلطة التصرف بحرية في الشيء موضوع الحق pouvoir de libre disposition de la chose objet du droit.

---

[1] من ذلك فكرة التمتع jouissunee التي قال بها "اهزين" وفكرة القدرة الإدارية التي دلل بها سافبيتي.

والتصرف قد يكون مادياً أو قانونياً، بنقله إلى الغير أو بترتيب حق عليه، هذا فضلاً عن أن التسلط على الشيء المادي يمتاز بسعته ومضمونه ومداه.

وأخيراً فالتسلط يختلف عن مباشرة الحق أي استعمال التسلط، كما هو الأمر بالنسبة للوصي الذي يملك عنصر مباشرة الحق دون عنصر التسلط فيه[1].

وهكذا تغدو الفكرة المركبة (الاستئثار والتسلط) هي الفكرة التي تفسر نهوض القرار الإداري الانفرادي على صعيد القانون الإداري للوفاء بفكرة التسلط التي تمتلكها الإدارة وباعتبار هذا القرار هو المظهر الأساسي الإدارة[2].

ومن جهة أخرى فسنتعامل مع القرار الإداري «وباعتباره وسيلة الحق وأداته وعلته» كمقاربة لفكرة الحق في القانون الإداري، وهذه المقاربة ستأخذ مظهر عرض التصنيفات التي أجريت على هذه الإدارة القانونية هذا مع العلم أن مجال الترخيص لا يعدم وجود حالات «وهي شحيحة» لصيغة الترخيص بأداة العقد.

ونظراً لتعدد التصنيفات فسنكتفي بالتصنيف الذي قدمه الفقيه اليوناني "ستاسينوبولس"[3].

---

[1] انظر في تفصيل نظرية دابان عن الحق، د. عبد المنعم البدراوي: النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق، القاهرة، دار النهضة العربية، ص446 وما بعدها.

[2] د. عادل سيد فهيم: القوة التنفيذية للقرار الإداري، القاهرة، الدار القومية للطباعة والنشر، ص20.

[3] مطوله في القرارات الإدارية، أثينا، 1954، ص9 وما بعدها.

وفي الحقيقة لقد قدم الفقيه المذكور تصنيفاً classification كاملاً لكافة الأعمال التي يمكن أن تنشأ من إرادة الإدارة، ونظراً لسعة هذا التصنيف فسنكتفي بالأعمال المتعلقة بفكرة إنشاء الحق.

ففي نظر هذا الفقيه يطالعنا القانون الإداري بالأعمال الآتية:

1. القرارات التقديرية أو المتعلقة بإثبات الحال constatation.
2. القرارات المنشئة actes constitutifs.

وهذه القرارات تنقسم إلى ما يلي:

1. القرارات التي تنشئ الحقوق والالتزامات وهذه القرارات تتنوع إلى ما يلي:

القرارات التي تنشئ الالزامات، وهي بدورها تتفرع إلى: الأوامرorders – العقوبات الإدارية peines administrations – الغرامات.

2. القرارات التي تنشئ الحقوق أو المكنات، وهذا تتفرع إلى ما يلي:

- القرارات المنشئة للحقوق بالمعنى الغني a proprement dit .
- القرارات الشخصية أو العينية permissons personelles ou réelles.
- القرارات التي تنشئ نظام أفضلية actes de faveur.

هذا وتوخياً للفائدة فإننا ننهي هذا البحث بالكلام عن أعمال الإدارة التي لا تنشئ حقوقاً حسب التصنيف الذي قدمه لهذه الغاية الفقيه "ستاسينوبولس"، ثم نردف ذلك بالقرارات المنشئة للحق[1].

مشيرين بالمناسبة بأن هذا التصنيف توخى فكرة الحفاظ في ذاتها خلافاً للتصنيف السابق الذي توخى شكل الإدارة المنشئة للحق.

القرارات الإدارية غير المنشئة للحق وهذه الأعمال هي:

1-القرارات اللائحية actes reglementairs.

2-النشرات cueulùes. وهي القرارات التي تتصدى لتنظيم الحياة الداخلية للمرفق.

3-القرارات التي تمنح مزايا actes dits gracieùy ومظهر هذه القرارات يتجلى في إعطاء الفرد بعض الفوائد des profits دون تحميله أية أعباء أو الزامات charges ni obtions، وكما هي الحال في إعطاء إجازة لموظف عاطل عن العمل.

4-القرارات ذات الطبيعة الوقتية preciùre.

[1] مطوله في القرارات الإدارية، ص261 وما بعدها.

وهذه القرارات هي:

أ- القرارات التي تصدر في صيغة تحفظ بالإلغاء.

ب- المرخص التي تمنح لأشغال الطرق العامة، وهي المسماة les permissions voirie وهذه القرارات مؤقتة وإن كانت لا تلغى لأي سبب، بل لأسباب متعلقة بالصالح العام خلافاً لرأي القضاء الذي يلغيها حتى لسبب مالي بسيط.

ت- القرارات التنفيذية التي تحتاج إلى تصديق السلطات الرئاسية فهي قابلة للإلغاء قبل التصديق عليها .

ث-الأصل عدم جواز إلغاء القرار القابل للطعن قضائياً، والأمر نفسه بالنسبة للطعن الرئاسي hirurchuqùe أو شبه القضائي quùrsi conlenteuse.

ج-القرارات التي تكتسب الصفة المؤقتة استناداً إلى شروط خاصة.

أما القرارات المنشئة للحق فهي:

1. القرارات الإلزامية التي يلزم القانون الإدارة بإصدارها، ففي هذا الحال يحق للفرد صاحب المصلحة administré,l الطعن في حال رفض الإدارة أو سكوتها عن إصدار هذه القرارات.

2. القرارات الشرطية les actes – coniditions:

وهي التي يؤدي صدورها إلى خضوع من تصدر لصالحه إلى نظام قانوني أو إلى مركز موضوعي setuation objections.

والمثال على ذلك يكمن في قرار التوظيف أو في عقد التجنيد .

ونعتقد أن الرخصة تعتبر عملاً شرطياً لجهة خضوع المرخص له إلى نظام الصحة وغير ذلك من النظم المتعلقة بالنظام العام والآداب العامة وهذا الخضوع قائم حتى في حال عدم النص عليه في الرخصة.

1-الأعمال الثنائية الطرف، ومظهر ذلك العقود، وهذه العقود لا تخضع للنظرية العامة لإلغاءrevoculle القرارات الإدارية.

2-القرارات التي بوشر في تنفيذها:

فهذه القرارات لا يجوز إلغاؤها بسبب المركز المادي الذي نشأ عنها.

فمثلاً إذا ما سبق للمالك أن استحصل على رخصة وباشر في بناء المنزل، في هذه الحال لا يجوز إلغاء الرخصة الممنوحة[1]

"lerebuit de l'audoristion qui lui a éte a eerdeé ne puit plus s'effeetuer".

والأمر نفسه بالنسبة لرخصة استيراد ورق من أجل طباعة موسوعة كبيرة، فهنا لا يجوز إلغاء الرخصة إذا كانت الأوامر قد أعطيت إلى المورد الأجنبي[2].

ذلك لا يجوز إلغاء رخصة تتعلق بإقامة سيرك cirque إذا كانت الشرطة قد حددت مكان هذا السرك.

ويرى الفقيه "shoen" أن الأفعال المادية operations materielles التي تعتبر تنفيذاً للرخصة أو ابتداء في تنفيذها، هذه الأفعال تدخل في مسائل الواقع question de fuit[1].

---

[1] ستاسينوبولس: المطول في القرارات الإدارية، ص266.

[2] C.E.M.239،1932.

كذلك إذا ما منحت الإدارة رخصة لجمعية خاصة من أجل إقامة معهد للإحصاء، فهذه الإدارة لا تستطيع إلغاء هذه الرخصة إذا كان العمل قد أنجز[2]، إذن ما المقصود من تنفيذ القرار؟.

سؤال يطرحه الفقيه "ستاسينوبولس" قائلاً: ((إن التطبيق البسيط للقرار لا يكفي، بل يجب أن يتلاشى مضمون القرار، ومع ذلك فهذا التنفيذ الجزئي يجب أن يوضع في ميزان التقدير مع الظروف الأخرى لتأكيد القرار الصادر أم إلغائه. على هذا الأساس فالفقيه "أتومايِر" يؤكد لأن الابتداء في التنفيذ يمنع على الأقل من الإلغاء بمفعول رجعي))[3].

هذا وأننا نسجل على هذا التصنيف الملاحظات الآتية:

1- تختفي في القانون الخاص فكرة الإلزامات القانونية obligations، ومن ثم إذا كان هنالك إلزام، فهذا الإلزام في حقيقته التزام يتولد عن العقد، يقابله التزام آخر لصالح الذي تقرر عليه الالتزام الأول.

2- إلى جانب فكرة الحق بالمعنى الضيق strieto senssu، ظهرت لدينا فكرة المكنة faculte التي تظهر في حال التراخيص إلى جانب أعمال أخرى أطلق عليها actes beueug فما هي هذه الأعمال؟.

لقد لاحظنا أن بعض الفقهاء يتحاشى تحديدها رغم أن هذا الفريق تعرض إلى كافة العناصر التي قام عليه تصنيف الفقيه "ستاسينوبولس"[1].

---

[1] ستاسينوبولس: المطول في القرارات الإدارية، ص266.

[2] مجلس الدولة اليوناني حكم 386 لعام 1930، رقم 486 لعام 1930.

[3] ستاسينوبولس: المطول في القرارات الإدارية، ص266.

ولقد كفانا الدكتور الطماوي مؤونة تحديد ماهية هذه الأعمال قائلاً بأنها :

تندرج في القرارات الولائية les actes grecieur أما القرارات الولائية فهي التي تخول الفرد مجرد رخصة أو تسامح en par faveur دون أن تحمله أي التزام، ونجد مثلها التقليدي في فرنسا في منح أحد الأفراد من الموظفين إجازة مرضية في غير الحالات التي يحكم القانون فيها منح ذلك.

ومن جهة أخرى فالدكتور الطماوي يطالعنا بتقسيم يظهر فيه القرارات الوقتية، les actes prévisiones، وهذه الوقتية مردها إرادة الإدارة أو القانون، أو الطبيعة الذاتية للقرار، ومظهر ذلك التراخيص التي تصدرها الإدارة والمتعلقة باستعمال المال العامpermissions des voires.

وهكذا يتضح أن التراخيص هي قرارات مستقلة عن القرارات الولائية التي أطلق عليها actes de faveur أي التي تقوم على التسامح tolérance أو قرارات التفضيل.

3- إن الكلام عن استقرار الإقرار الإداري السليم إنما يرتبط بفكرة أساسية هو كون هذا الأمر يولد حقاً acts générateur de droit .

وإذا رجعنا إلى التصنيف الذي قدمه "ستاسينوبولس" للقرارات الإدارية نجد أن القرارات المنشئة للحق بالمعنى الفني والدقيق لا تستوعب هذا التصنيف ولا تمثل إلا أحد عناصرها والمفهوم المعاكس لذلك هو أن القرارات الإدارية لا ترنو بمجملها

---

[1] نقصد بذلك الدكتور عادل سيد فهيم في كتابه القوة التنفيذية للقرار التنفيذي.

إلى الاستقرار، والمظهر الواضح لذلك يتجلى في الرخص الإدارية التي بطبيعتها وحقيقتها الذاتية لا تطمح إلى ذلك.

4- لقد أظهر لنا التصنيف السابق أن القرارات المنشئة نفسها تنقسم إلى قسمين القسم الأول ينشئ حقوقاً بالمعنى الغني والضيق، أما القسم الثاني فينشئ مكنات، فما هي هذه المكنات facultés.

في الحقيقة أن "ستاسينوبولس" لم يغفل أن يجعل التراخيص الإدارية تدخل في هذا الباب ألا وهو باب المكنات.

ولكن السؤال الرئيسي الذي يعتبر أن الباب في هذا البحث هو: ما هي المكنة التي تنبع من الترخيص، وإذا كانت لا ترقى إلى مستوى الحق بالمعنى الغني، فما هو الموقعية الي تحتلها في نسق النظام القانوني، وهل نحن نحتاج إلى تصنيف جديد يتجاوز ويستوعب فكرة الحق والمكنة وما هو هذا التصنيف؟.

هذا ما أحس به القضاء الإداري في مصر عندما فتح الباب أمام إلغاء القرارات الإدارية المنشئة ليس للحق فحسب بل للمزايا أو المراكز أو الأوضاع القانونية[1].

وهذا هو الأساس الذي قام عليه بحثنا المقدم لنيل الدكتوراه الموسوم بعنوان النظرية العامة للعرف الإداري حيث حملنا على العرف على الوضع الإداري وليس على فكرة الحق الضيقة.

وفي نظرنا أن التراخيص الإدارية تنشئ تلك المزايا والمراكز والأوضاع، التي إن لم ترق إلى مستوى الحق، فهي ليست actes de faveur كما أنها ليست مجردة عن أية قيمة أو قوة قانونية لسبب بسيط هو أن هذه التراخيص وإن لم تنطو على كامل جرعة التسلط المحددة لفكرة الحق في القانون الخاص، فهي تنطوي على

---

[1] حكمه الصادر في 1953/4/10، السنة 9، ص4.

قدر متيقن من التسلط، وهذا التسلط هو الذي تعبر عنه فكرة المزايا والأوضاع والمراكز.

وإذا كان من المتعذر تحديد هذا التسلط في فكرة المزايا والأوضاع من خلال نظرية عامة، فإننا نرى أن القبض على هذه الجرعة من التسلط إنما يكون من خلال استعراض الفئات المختلفة للتراخيص الإدارية وتحليلها على حدتها وتبيان الظروف الخاصة المحيطة لها، والتي تحرك نطاقاً للاستقرار وسياجاً للضمان يتناسب مع حضور وثقل وكثافة المركز الذي يتمتع به الفرد.

ومن جهة أخرى فهذا التدرج الطيفي للوضع القانوني الذي يقوم عليه الترخيص وينطوي عليه من أقصى الشمال إلى أقصى الجنوب، أي من المركز المؤقت إلى المركز المتولد عن العقد، هذا التدرج يتفق مع خصوبة القانون الإداري وبذلك يبدو الانسجام بين المنتمي والمنتمي إليه بين الرخصة وبين منظومة القانون الإداري.

فعلى سبيل المثال لا الحصر يمكننا التنويه ببعض صور ومعالم حضور الفرد مثل انتفاعه القراري[1]، ومثل حالته تمنعاً قد وقف على قدم المساواة مع الإدارة في إبرام العقد وركن إلى هامش وحيز من الاطمئنان دفعه إلى إقامة مؤسسة أو مشروع على المال العام وغير ذلك من الصور التي تعانق الاستقرار والاطمئنان.
ومع ذلك فنحن لا ننسى أننا في هذه المسألة أمام قطبين متناقضين ومن الضروري تحقيق نقطة التوازن استناداً إلى مبدأ يقيني عميق ناظم لجماع ما في النظام القانوني من مبادئ وقواعد.

---

[1] هذا المصطلح يكرر في الأدب القانوني المصري ونعتقد أن المقصود هو الشيء المستقر المستكن.

هذا المبدأ اليقيني هو نسبية الحقائق في الحياة الإنسانية وضرورة إجراء مواجهة فيما بينها contradictoire من أجل البحث عن نقطة التوازن الدقيقة التي تحكم المواجهة والنسبية والتوازن.

ويقف في الصف الأول من هذه الحقائق الكبرى ضرورات المرفق العام وحفظ للنظام وقيام النفع العام لوجود أموال عامة متميزة بنظام قانوني.

وباختصار شديد انتصاب مصلحة الجماعة في مواجهة الحق الشخصي، ثم قيام هاجس القانون الإداري لتحقيق نقط التوازن الدقيقة بين الحقين.

وعلى هذا الأساس، فإذا ما منحت الإدارة ترخيصاً على المال العام فإن شكل الترخيص والجهة التي أصدرت لا يقويان على تقرير الحق عليه بل إن الذي يحسم هذا التقرير هو الحقيقة الموضوعية العينية ألا وهي ارتباط الرخصة بالمال العام.

وهذا هو مبرر التصنيف الآنف الذكر وانطوائه على فكرة الترخيص العيني reel (الذي هو موضوعي) مقابل الترخيص الشخصي القائم على اعتبارات شخصية مرتبطة بالمرخص له.

وعلى ضوء ذلك فإننا نناهض مقولة "هوريو" التي اشترطت في الترخيص كشرط جامع مانع أن يكون بقرار صريح من الإدارة.

وبيان ذلك أن اشتراط القرار الصريح «حسب رأي الدكتور توفيق شحاته» بتخصيص المال للنفع العام لا يشكل معياراً لتحديد المال العام لأنه ليس ركناً فيه، ولكنه مجرد وسيلة لإدخال المال الذي تكاملت فيه صفة المال العام إلى نطاق الدومين العام (المال العام) إن الأخذ بهذا الرأي معناه التسليم للإدارة بسلطة

تقديرية في إلحاق صفة المال العام، والواقع أننا نبحث عن خصائص المال العام الذي يمكن أن يفرض ذاته بهذه الطبيعة على الإدارة[1].

وهكذا يتضح أن الخصائص الذاتية للمال العام تفرض نفسها على الإدارة، والإدارة إذا ما منحت التراخيص، فهذا المنح مقيد بسقف معين لا تستطيع تجاوزه هو النفع العام والحرص الشديد على عدم تعطيله، ومن ثم فسلطة الإدارة التقديرية في منح الرخصة تتحرك ضمن دائرة عدم التعطيل، وبالمقابل فسلطة الأفراد «التي تتحدى بالمزايا والأوضاع» لا تستطيع أن ترنو إلى أفق من الاستقرار يتعارض مع مبدأ النفع العام.

ومن جهة أخرى، فنحن لا نستطيع تجريد الإدارة من سلطتها التقديرية في التحريك في إطار النفع العام، حتى في حال التحدي بالمزايا والأوضاع، لأن هذه المزايا خلقت وأنشئت لتحكم بالمبدأ الأساسي، ألا وهو النفع العام، وهذا هو أساس القرارات الوقتية التي دلل بها الدكتور الطماوي، والتي انفردت بها حالات الترخيص.

وهنا يكمن سر القانون الإداري ولغزه، بل وعبقريته وحيويته في الآن نفسه، والأمر في النهاية معقود للقضاء الإداري يبسط رقابته ضمن هذا الأفق الواسع الذي يوازن بمرونة وحيوته في الآن نفسه، والأمر في النهاية معقود للقضاء الإداري يبسط رقابته ضمن هذا الأفق الواسع الذي يوازن بمرونة وإسلاس فائقين بين سلطة الإدارة التقديرية، وبين الأوضاع القانونية التي تمتع بها الأفراد واكتسبوها.

---

[1] انظر في رأي هوريو وللرد عليه من قبل الدكتور شحاته... كتاب د. طعيمة الجرف: القانون الإداري- دراسة مقارنة في تنظيم ونشاط الإدارة العامة، طبعة 1978، ص701.

والفرق واضح بين الوضع القانوني الذي يلتقي فيه النفع العام بالنفع الشخصي، والعكس، ففي الحال الأولى لا يستطيع أحد أن يزعزع هذا الالتقاء بنزعة عارضة أو موقف طارئ لمجرد وجود إرادة ذاتية للإدارة تتجاوز هذا التوازن لا سيما إذا كان تجاوز هذا التوازن، لا سيما إذا كان تجاوز مصلحة الأفراد يعرضهم إلى أضرار بالغة، كما هي الحال في إعطاء رخصة لمبنى على المال العام، دون أن يكون وجود هذا المبنى يتعارض مع مقتضى النفع العام.

وهنا على الرقابة القضائية أن تستبصر أن الحرية المشكلة لجوهر السلطة التقديرية، هذه الحرية لا يمكن أن تهبط برجل الإدارة إلى المواقف العارضة والتصرفات الذاتية، بل على هذه الرقابة أن تجري بروح موضوعية.

أجل هنالك اتجاهان للرقابة على إرادة الإدارة في ممارسة السلطة التقديرية:

- الاتجاه النفسي الذي يبرر الغرض الشخصي لمصدر القرار.
- الاتجاه الموضوعي الذي يعني بالإمارات والدلائل الموضوعية لا سيما تلك التي تربط السبب بالغرض.

فأصحاب هذا الاتجاه الموضوعي يرون ان هنالك تطابقاً بين الحالة الواقعية أو القانونية التي تربط ركن السبب بالغرض أو الهدف الذي تسعى الإدارة إلى تحقيقه.

وعليه فإن تفسير المصلحة العامة على هذا النحو يؤدي إلى إعطاء أهمية للتفسير الموضوعي، وللقضاء الإداري أن يمارس عملية التفسير هذه، فاتخاذ القرار يبدأ بالسبب مروراً بالمحل توصلاً إلى الغرض المحدد وبالتالي، فالسبب الموضوعي

والغرض الذاتي، وإن كانا يتمثلان بوجهين مختلفين، فهما يعملان في اتجاه واحد هو توجيه القرار الإداري نحو المصلح العامة[1] .

وتأسيساً على كل ما تقدم فالضوابط التي تحكم سلطة الإدارية التقديرية سواء هي منح الترخيص أو إقالته هي ضوابط موضوعية.

وبالطبع فليس أمامنا نظرية عامة للروح التقديرية ولمظاهر التقدير الموضوعي[2] ، وإن كان بالإمكان القول أن هذا الأمر محكوم بروح المجال والواقع ويختلف من حال لآخر.

واستناداً إلى نسبية الحقائق الإنسانية فسلطة الإدارة التقديرية تتواجه وتتوازن مع سلطة أخرى هي فكرة الحقوق الشخصية، وقد عرضنا سابقاً لفكرة الحق الشخصي والقيد الذي تضعه هذه الفكرة على صلاحية الإدارة التقديرية، لا سيما إذا كانت هذه الحقوق أساسية وتتصل بالحريات العامة[3] ، ومع التنويه بأن جهة الإدارة تملك تنظيم الحقوق دون وقفها وتعطيلها على ما هو مستقر فقهاً وقضاء.

---

[1] Roger Bonnard: Précis de droit administratif[24ed] ,Paris.

[2] انظر الضوابط الموضوعية التي يخضع لها التقدير في ذاته وهذه الضوابط هي: الحد الأقصى للمعقولية extrème limite nationnal ومبدأ حق الإدارة Bonne administration ou administration conrenable.l ومذاهب المحكمة الإدارية العليا في الدفاتر والتعبير والإبداع، ج1، المطبعة العالمية، ص128.

[3] د. محمد عصفور: مذاهب المحكمة الإدارية العليا في الرقابة والتفسير والابتداع، ص119.

فقد يتقدم الفرد بطلب رخصة لإبقاء أرضه فتتهرب الإدارة في ذلك، فهل يقبل منها ذلك بحجة أنها تتمتع بسلطة تقديرية، وعندئذ تعطل ذلك الحق الدستوري ألا وهو حق الملكية.

ومن جهة أخرى فالفارق شاسع بين إعطاء الإدارة حق ترخيص بإقامة كشك على الطريق العام، وبين حق مرور الأفراد في الطرقات العامة.

فعدم إعطاء الفرد الترخيص الأول لا يتعارض مع أي حق من الحقوق، والأمر على خلافه بالنسبة لحق المرور الذي هو مظهر حرية الانتقال.

من كل ما تقدم نسمح لأنفسنا بإعطاء رأي نهائي حول فكرة الأثر القانوني المتولد عن الترخيص، بالتحدي والتأكيد على فكرتين هما القرار الإداري ثم الترخيص باعتبار الترخيص نوعاً يدخل في مندرجات الجنس الذي هو القرار الإداري.

وكل ما هنالك أن ظاهرة الحق في القانون الإداري «بما في ذلك الحق الناشئ عن الترخيص» لها مميزاتها المعينة أخصها وأدقها اتساق هذه الظاهرة بمدونة عجيبة ولتونات لا حصر لها تتحدد بروح الواقع والمجال الذي نشأت فيه.

ولا أدل على قولنا أن أحداً من الفقهاء لم ينف هذا الحق الممنوح للمرخص له تجاه الأفراد العاديين، إذن كيف يمكن التحدي بهذا الحق تجاه الآخرين ثم نفيه تجاه الإدارة، وهل نقرر مظهرين مختلفين ينتميان إلى حقيقة ذات طبيعة واحدة؟.

إذن فالمرخص لهم يتمتعون بالحقوق المتولدة عن الرخصة تجاه الأفراد العاديين ويظهر ذلك في المظاهر الآتية:

– من المقرر في فرنسا أن المرخص لهم يعتبرون مالكين لمنشآتهم إذ يحق لهم رهنها كما يمكن توقيع الحجز عليها طبقاً للمبادئ القانونية العامة[1]، وهذا ما هو متبع في مصر[2].

– وللمرخص لهم الانتفاع بهذه المنشآت فعليهم وزرها إذ هم يسألون عن الأضرار التي قد تصيب الغير بسببها، وهذه المسؤولية مقصورة عليهم ولا تتعدى إلى الإدارة بدعوى أنها مانحة الترخيص[3].

– وتأكيداً لهذا الحق، فالأصل في الترخيص أنه شخصي، لا يجوز التنازل عنه للغير أو تأجيره من الباطن إلا إذا قام الدليل على أن شخصية المرخص له لم تكن ملحوظة في منحه[4].

– وكما أن المركز الناشئ عن الترخيص له قوته وحصانته في مواجهة الأفراد، فهو له حصانة وقوة تجاه الإدارة ذاتها وهي لا تقوى على تعديل هذا المركز الذاتي الناشئ عن الترخيص، إلا إذا كان مرتبطاً من بعض نواحيه بأوامر تنظيمية،

---

[1] دائرة العرائض لمحكمة النقض الفرنسية: 1867/4/10، داللوز، 1867، القسم الأول، ص398.

[2] د. جرانه: حق الدولة والأفراد على الأموال العامة، ص304.

[3] استئناف تولوز: 1908/11/26، سيري القسم الثاني، ص209، وحكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 1921/11/23، قضية easson el gaugour، المجموعة سنة 1921، 1964 و1928/3/16، قضية wenger et Remy المجموعة سنة 1928، ص378.

[4] د. جرانه: حق الدولة والأفراد على الأموال العامة، ص305.

فيخضع في هذه الحال للتعديلات التي يمكن للإدارة أن تدخلها على أوامرها هذه[1].

- وللمرخص له بموجب اختصاصه بجزء من المال العام نوع من الحيازة تخول له في سبيل حمايتها الالتجاء إلى دعاوى وضع اليد ضد الغير[2].

إذن إن هنالك مركز ذاتي له ثقله وحصانته ويفرض ذاته على الأفراد والإدارة، وإن كان لهذا الحق سمته الخاصة التي تميزه عن فكرة الحق في القانون الخاص، ولعل أبرز سمات هذه الفكرة الأخيرة في القانون الخاص جمودها وحصانتها mlangiblite، يقابل ذلك مرونة هذه الفكرة في القانون الإداري.

ولا أدل على ذلك، أنه يترتب على تجريد المال العام زوال الرخص التي كانت مقررة عليه[3].

ذلك أن هذه الرخص تصدر عن الإدارة بوصفها مالكة للمال العام، وصاحبة السلطة الضابطة عليه وصفتها هذه الأخيرة من خصائص ملكيتها للمال العام، وهي تسقط عنها إذا زالت عن مالها عموميته، فلا عقل أن يبقى للتصرفات القانونية المرتبطة بهذه الصفة أثر بعد زوالها[4].

ولقد أشرنا سابقاً إلى رأي الدكتور شحاته بأن خصائص المال العام كحقيقة موضوعية تحدد ركن المال العام وجوهره، وبالتالي فلا شأن لإرادة الإدارة في هذا

---

[1] د. جرانه: حق الدولة والأفراد على الأموال العامة، ص305، وانظر د. عبد الفتاح حسن: مبادئ القانون الإداري، ص322.

[2] نقض مدني فرنسي 1855/3/6، داللوز 1855، القسم الأول، ص83.

[3] د. جرانه: حق الدولة والأفراد على الأموال العامة، ص307.

[4] هذا هو رأي الفقيهين الفرنسيين ويس وجانس انظر في ذلك د. جرانه: حق الدولة والأفراد على الأموال العامة، ص306.

المجال وعليه فإذا ما ارتفعت حقيقة النفع العام ارتفعت نتيجته لذلك أية إرادة للإدارة أو غيرها باعتبار أن هذه الإرادات معلول للعلة الأساسية ألا وهو النفع العام.

وما دللنا به (من وجود حق ذاتي في طبيعة مرنة على صعيد القانون الإداري) يؤكده بوضوح الدكتور "جيرانه" على صعيد الرخصة لا سيما إذا اشتملت حقوق المرخص لهم على اختصاص قرار على المال العام، ذلك أن هذا الاختصاص القراري يوفر التسلط على المال العام، إضافة إلى وسائل الحماية القانونية المقررة لها، وهذه هي خصائص الحق العيني، وبالتالي فلا معنى لنا من اعتبارها لذلك حقوقاً عينية إدارية لها ما للحقوق العينية من صفات التسلط على المال والاحتجاج بها على الغير، وما للحقوق الإدارية من التلاشي أمام سلطات الإدارة ومقتضى نشاطها[1].

هذا ولا نعدم في قضائنا العربي وجود أحكام أكدت قيام فكرة الحق المتفرعة على الترخيص من ذلك حكم محكمة القضاء الإداري في مصر.

وتتلخص وقائع هذا الحكم بأنه كان قد رخص لأحد الأفراد بتشغيل سينما في أحد أحياء القاهرة، وقد وافق المحافظ على موقع السينما، كما وافق على تشغيلها واستمر الأمر على ذلك حتى أحرقت في حوادث 26 من يناير سنة 1952.

وقد وجدت السينما بعد ذلك إذ وجه صاحبها بعد الحريق المذكور إنذاراً إلى مصلحة التنظيم للترخيص له في تنكيس الحوائط ثم تقدم المالك الجديد للسينما يطالب الترخيص له في تشغيل دار السينما الشتوي فرفض طلبه، فطعن في قرار الرفض وطلب الحكم بصفة مستعجلة بوقف تنفيذه، فأجابته محكمة القضاء

---

[1] هذا هو رأي "ريجو" في الحقوق العينية الإدارية كما أشار إليها الدكتور جرانه: حق الدولة والأفراد على المال العام، ص306.

الإداري إلى طلبه مستندة في ذلك إلى أن الرخصة تظل قائمة قانوناً ولا يجوز للسلطة الإداري سحبها أو الرجوع عنها بعد منحها لما في ذلك من المساس بالحق المكتسب، ولا يوفر في قيام الرخصة احتراق السينما لأن هذا الحادث قهري، ولا يدل على أن صاحبها ترك حقه في الرخصة، كما لا يؤثر في قيامها تغير المستقل لأن المادة 18 من لائحة التياترات لم ترتب على ذلك إلغاء الرخصة، بل وجبت فقط الإخطار إلى المستغل الجديد[1].

هذا وننوه بأن المحكمة الإدارية العليا في مصر ألغت الحكم الآنف الذكر مميزة في ذلك «دون سند في القانون» بين نوعية من الملاءمة، عند الترخيص بتشغيل سينما: ملاءمة عند إعطاء إذن مؤقت بالتشغيل، عند إعطاء الرخصة النهائية، وبعد أن تتكامل لدى الإدارة جميع العناصر التي على مقتضاها تزن المناسبة وزنها النهائي.

والحقيقة أن اختيار مكان للسينما وموافقة الإدارة ولو على تشغيل مؤقت تستنفذ به الإدارة سلطتها التقديرية في الموافقة أو عدمه، وليس من الشائع القول بأن لها سلطة أخرى عند إعطاء الترخيص النهائي زاد معنى ذلك أن القانون يحمل الإدارة الإضرار الفادح بالفرد الذي يطمئن إلى موافقة الإدارة المؤقتة، فيتكلف بالإنشاءات الضخمة على أساس أن الترخيص النهائي أمر محتوم مادام لا يخرج عن الحالة القانونية التي كانت قائمة وقت الترخيص المؤقت.

وتوقيت الإذن – وإن كان يدل على أنه لم يبلغ المرحلة النهائية في عملية التراخيص الإدارية إلا أنه لا ينفي أن الإدارة قد حسمت عناصر الموضوع الذي طرح عليها،

---

[1] أشار إلى هذا الحكم د. محمد عصفور: مذاهب المحكمة الإدارية العليا في الرقابة والتفسير والابتداع، رقم131.

ومن أهم هذه العناصر ملاءمة المكان والتصميم الذي سيجري على أساسه التشغيل[1].

وهكذا اتضح لنا من حكم محكمة القضاء الإداري في مصر والتعقيب عليه من قبل المحكمة الإدارية العليا، ثم موقف الفقه المصري بالنعي على حكم المحكمة الإدارية العليا، اتضح لها ذلك الصراع بين سلطة التقدير لدى الإدارة، وبين حقوق الأفراد.

وهذا ما أكده الدكتور سليمان الطماوي بقوله: ((تمتع الإدارة باختصاص تقديري في الحالات التي تواجه حقاً شخصياً un droit subjectif لأن منطق قيام الحقوق الشخصية يقتضي ألا يسمح بأن يمسها إلا في أضيق الحدود، مما يستلزم أن تكون سلطة الإدارة مقيدة بالضرورة))[2].

وقريب من ذلك قول الفقيه الألماني فلاينر: ((أن الاستخدام الخاص droit prirvatif يعطى بموجب قرار إداري ذي سيادة وخالق للحق وبمقتضاه يحوز الفرد في مواجهة الدولة حقاً شخصياً بالاستخدام الخاص والمتزايد للشيء العام حسبما يحدده قرار الامتياز ولا يقيم الالتزام حقاً عينياً على الشيءreel ، غير أن الحد الفاصل بين الاستخدام المشترك المتزايد، وبين الاستخدام الجازم priratif هو حد مرن أو مبهم أو متحرك يختلف من دولة إلى أخرى))[3].

---

[1] د. محمد عصفور: مذاهب المحكمة الإدارية العليا في الرقابة والتفسير والابتداع، ص132.

[2] د. الطماوي: القرارات الإدارية، ص36.

[3] أورد ذلك الدكتور عصفور: الضبط الإداري، ص337.

مما تقدم يتضح الدور الذي تلعبه الإدارة في منح الرخصة لا سيما إذا كانت تتمتع بسلطة تقديرية، وهنا يقتضي البحث عن هذه السلطة التقديرية في منح الرخصة وضوابطها والحدود التي تقف عندها.

بيد أنه قبل التعرض إلى هذا الموضوع لا بد من تحديد الدور الذي تتحرك به نظرية الاعتداء المادي في مجال الرخصة الإدارية وهل أن هذا التحرك كاملاً أم جزئياً وفي هذا الصدد نشير إلى رأي الدكتور سليمان محمد الطماوي بأن القضاء الإداري في فرنسا رفض أن يدرج في نطاق الاعتداء المادي اعتداء الإدارة على نشاط مهني أو رخصة لأحد المواطنين لا ترقى إلى مرتبة الحقوق[1].

ولكن هل يقصد الدكتور الطماوي في هذا المجال رخصة الصيد أم رخصة أشغال مال عام ولكن ما الأمر بالنسبة لرخصة محطة بنزين أو مقهى أو فندق ثم الاعتداء المادي عليها بالإغلاق مثلاً.

وإذا كان المركز القانوني الناشئ من الرخصة لا يسمح بتطبيق نظرية الاعتداء المادي، فهذا لا يفي كون الرخصة الإدارية تنشئ مركزاً قانونياً يتعامل مع العديد من نظريات القانون الإداري، ومن ذلك نظرية الحقوق المكتسبة، وهو الأمر الذي يتضح من حكم المحكمة الإدارية العليا في سوريا، رقم 12 في الطعن رقم8 لسنة 1966 المتضمن رؤساء الضابطة الجمركية السابقون الذين منحتهم مديرية الجمارك العامة تراخيص بالسماح لهم بتعاطي مهنة التخليص الجمركي بعد إعفائهم من شرط المسابقة – لا يجوز سحب هذه التراخيص منهم بحجة أن إعفاءهم من شرط المسابقة كان خطأ أو من السفر، أساس ذلك أن إلغاء القرارات الإدارية المبنية على اجتهاد من السلطة المختصة بإصدارها لا يقتضي بمثله إذا ما تبين للإدارة بعدئذ أنها أخطأت في اجتهادها وخاصة إذا كانت قراراتها الأولى قد أعطت للغير مراكز قانونية أو حقوقاً مكتسبة[2].

---

[1] كتابه الوحيد في القضاء الإداري، القارة، دار الفكر العربي، 1970، ص632.

[2] منشور في مجموعة القرارات القانونية التي قررتها هذه المحكمة لعام 1966، ص56.

الفرع الثاني

صلاحية الإدارة في منح الرخصة الإدارية

«مسألة السلطة التقديرية للإدارة في الترخيص»

اتضح لنا أن الرخصة الإدارية تتحدد جوهراً وأساساً في (منح بعد منع) أي في إعطاء فرد بذاته مكنة أو ميزة قانونية تخوله الاستئثار والاختصاص في ممارسة نشاط معين.

ولكن السؤال المطروح هو: هل ينتمي هذا المنح إلى إطلاقات الإدارة أم العكس، وبصورة أوضح هل ينتمي إلى السلطة التقديرية discretionnaise أي إلى السلطة المقيدة liée.

وإذا كان المجال لا يتسع للتعريف بالسلطة التقديرية وتعيين حدودها بسبب تعدد النظريات التي عالجت هذه الظاهرة القانونية، إلا أنه يمكن القول تبسيطاً بأن جوهر السلطة التقديرية ينحصر في حق الإدارة في الاختيار بين عدة حلول كلها مشروعة[1]:

"la possibilité de choisis entre plusierurs facons d،appliquer la loi".

[1] د. سليمان الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية، ص47.

وقريب من ذلك ما ذهب إليه بعض الفقهاء من أن السلطة التقديرية تنحصر في حرية الإدارة في تحديد فكرة، ترك المشرع عمداً تحديدها للإدارة[1].

"La liberté de terminer la seus de une notion qui adessein est lasser interminé par la loi".

ومع ذلك يجب ألا يغيب عن الذهن أن التقدير أو التقيد في القرارات الإدارة، إنما يرد على عنصر بعينه من العناصر التي يتكون منها القرار الإداري[2].

وهنالك ملاحظة هامة دلل بها الفقيه اليوناني "ستاسينوبولس"، وهي أن الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية في حال عدم وجود نص يجردها من هذا الحق[3].

وهذا الفقيه يأخذ بفكرة المشروع وواجبات السلطة الإدارية حياله، ونهوض فكرة السلطة كوزان مكافئ لفكرة الواجب والمسؤولية، حيثما تكمن المسؤولية تكمن السلطة.

فالإدارة قوامة على المشروع ومسؤولة عن نجاحه وفشله، ولهذا يجب أن تتمتع بكافة السلطات التي تخولها تحقيق هذا النجاح، اللهم إلا في الحالات التي يقيدها المشرع.

---

[1] Michel. D. Stassinopoulos:Traité des actes administratifs, 1954, Athènes,p156.

[2] تعليق هوريو المنشور في مجموعة سيري، سنة 1903، ح3، ص113.

[3] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، 161 وما بعدها.

لقد أقر مجلس الدولة اليوناني مبدأ قانونياً principe général مفاده أن القانون إذا لم يلزم الإدارة بإصدار قرار فعلينا أن نقبل في حال الشك بأن هذه السلطة تتمتع بالسلطة التقديرية.

هذا يعني أن هنالك قرينة لصالح جهة الإدارة بأن تمارس السلطة التقديرية، وبأن تختار من أجل ذلك الوقت المناسب le tempe convenable من أجل ذلك[1].

ومن جهة أخرى يمكننا أن نقبل بصورة مبدئية بأن جهة الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية بالامتناع عن إجراء التصرفات القانونية وهذا الامتناع لا يعتبر مخالفة للقانون لسبب بسيط هو أن القانون لم يفرض ذلك.

أما فيما يتعلق بمضمون التصرف، فيمكننا أن نقر المبدأ المعاكس لأن ما على الإدارة أن تقرره يجب أن يكون مسموحاً به قانوناً، وهذا هو فحوى شرعية الإدارة المتضمن عدم السماح بسلطة تقديرية إلا إذا مورست بصورة دقيقة وفق القانون.

وبالطبع فهذه المبادئ ذات قوة وقيمة آمرة، وإن كانت تؤدي إلى رفض السلطة التقديرية في حال قيامها على حرية أوسع ضد المشرع.

وإذا كان تطبيق القانون قد احتفظ بالسكوت حول مسألة السلطة التقديرية فيجب أن نقبل قيام هذه السلطة لأنها الوسيلة لتطبيق القانون، والقول بعكس ذلك يعني مخالفة أحكام القانون.

---

[1] Michel. D. Stassinopoulos:Traité des actes administratifs, 1954, Athènes , p166.

هذه المبادئ تلقي الضوء على مسائل على درجة كبيرة من الخصوصية وتتعلق بالنصوص الدستورية.

وعلى سبيل المثال فإن رفض الوزير منح رخصة بناء منزل، هذا الرفض يتعارض مبدئياً مع حق الملكية المصان من قبل الدستور ومن ثم يجب في حال الشك أن نفسر الأمور لصالح الحريةintuito pro-liberté، ومع ذلك إذا كان هنالك شك في نص القانون فالوزير لا يستطيع رفض الترخيص لأن هذا الرفض يعتبر مخالفاً لمبدأ حماية الملكية[1].

لقد عرج الفقيه "ستاسينوبولس" بعض القواعد التفسيرية المتعلقة بقيام السلطة التقديرية من ذلك أن تستعمل النصوص كلمة (يمكن) أو كلمة يجب أو أن للسلطة الإدارية الحق، أو أن لها الخيار وغير ذلك[2].

بيد أنه قد تواجهنا بعض الصعوبات في تفسير النصوص حتى في حال إفصاح القانون عن رأيه في تنظيم مسألة ما وعدم اتخاذه موقف الصمت.

فعلى سبيل المثال، إذا نص القانون بأن الوزير يمنح رخصة بناء منزل:

"le minister oeroie un pernus de construire une maison"

[1] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص162. وانظر مجلس الدولة اليوناني في قراره الصادر عام 958 رقم 25.

[2] المرجع السابق، ص163.

فهذا يمكن أن نستبدل حكمه بمنح oelroic بعبارة يجب أن يمنح doit oelroyer إذا توفرت الشروط التي حددها القانون[1].

ولكن إذا نص القانون أن المجلس البلدي يلجأ إلى الاستملاك expropriation،procède فإن كلمة procède يجب أن تفهم على أنها يمكن أن يلجأ peut procède[2].

وفي بعض الحالات يمكننا أن نتجاهل النص الحرفي للقانون، من ذلك أن ينص القانون بأن بإمكان السلطة الإدارية أن تتخذ الإجراءات الإدارية أن تتخذ الإجراءات لحماية الصحة العامة.

هنا يجب أن نسلم بأن هذه السلطة لا تملك السلطة التقديرية، بل العكس فهي ملزمة بأن تتخذ الإجراءات اللازمة لحماية الصحة العامة[3].

وهنالك اتجاه للاعتراف وللإدارة بالسلطة التقديرية – حينما تكون تضطلع بمفاهيم عامة notions général تتعلق بأهداف الدولة كما هي الحال في المصلحة العامة،intèrèt général والنفع العامl'utilité publique، والأمن العام la securité publique[4].

---

[1] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص163.

[2] المرجع السابق، ص163.

[3] المرجع السابق، ص163.

[4] المرجع السابق، ص166.

أما إذا فرض القانون اتباع إجراءات خاصة من أجل إصدار قرار (مجلس عام، تسبب)، فهذا لا يلزمنا باستبعاد السلطة التقديرية.

ذلك لأن الأشكال des formes هي بالفعل قيود خارجية على الاختصاص وهي لا تتفق مع وجود السلطة التقديرية مع العلم أن القانون قد يفرض بعض الأشكال لتسهيل الرقابة القضائية على السلطة التقديرية[1].

هذا ومع تمتع الإدارة بالسلطة التقديرية، فعليها أن تتحرى سبب القرار، ولا يكفي الرفض دون هذا التحري، وإلا كان قرار الترخيص باطلاً[2].

والإدارة غير ملزمة بذكر السبب، ومن ثم فهي تستطيع أن ترفض منح رخصة مركبة دون ذكر السبب، ولكن إذا كان الموظف المختص قد باشر في التحقيق المتعلق بذلك، ثم اقترح منح الرخصة، فالرفض يعتبر صعيباً إذا لم يعتمد سبباً معقولاً[3].

وبالطبع فإذا كانت سلطة الإدارة مقيدة، فهي لا تستطيع إعطاء الرخصة معلقة على شرط واقف أو فاسخ.

وإذا ما رأت الإدارة أن الشروط التي لا غنى عنها indisponsible، لإصدار القرار غير متوفرة، فهي لا تستطيع في مثل هذه الحال إصدار القرار بشرط توفر الشروط في المستقبل[1].

---

[1] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص164.

[2] محكمة القضاء الإداري في مصر، القضية رقم 387 لسنة 4 قضائية، جلسة 1951/4/17، مجموعة السنة الخامسة، ص877، والقرار يتعلق برفض ترخيص سيارة.

[3] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص127.

وعلى سبيل المثال، فقد تقرر الإدارة أن الشروط المتعلقة بالسلامة العامة غير متوفرة من أجل منح رخصة لإقامة مصنع، فهنا لا تستطيع هذه الإدارة منح الرخصة مباشرة معلقة ذلك على شرط (واقف، هو تحسين خط الإقامة الفني) وعليها أن تتريث في منح الرخصة حتى تحسن الشروط[2].

حتى في مجال ممارسة السلطة التقديرية فالإدارة لا تستطيع أن تصدر رخصة شرطية une autorisation conditionnelle، لأن قواعد الشرعية تقتضي أن تمارس هذه السلطة في الحاضر، وليس في المستقبل[3] وهذا ما تفرضه الظروف العملية، إذ أنه في حال التجديد فإن تغيير الخطة amelioration de plùn، يجب أن يتم التحقق منه بالاستناد إلى قرار إداري فردي، وهذا التحققconstitution، من الناحية العملية هو الرخصة الحقيقية[4].

والحال نفسه إذا كان المركز القانوني المستقبلي لا يتطلب التحقق من الوقائع من قبل الإدارة، كما لو منحت الإدارة – على سبيل المثال – الرخصة وعلّقت ذلك على شرط فاسخ suspensire، هو أن الإحصاء القريب proehùn recentiment للمكان سيعطي نتيجة تجاوز العشرة آلاف نسمة.

---

[1] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص92.

[2] المرجع السابق، ص92.

[3] المرجع السابق، ص92.

[4] المرجع السابق، ص92.

ويمكن القول حتى نشر نتائج الإحصاء فإما أن تكون طلبات الترخيص الجديدة التي يرعاها القانون تخضع للتحري والفحص وإما أن تصبح الإدارة غير مفيدة بالترخيص الذي سبق منحه، وهنا ينفسح المجال للكلام من عدم التقيد بقواعد الاختصاص الزمني،l'incompetence nation temporis[1].

وعلى هذا الأساس فالقرارات الإدارية المبتسرة antiepée، لا يمكن تبريرها إلا في حال الضرورة التي تقرضها ظروف المصلحة العامة.

وبالمقابل فالإدارة تستطيع أن تحدد بصورة مسبقة بأن آثار القرار التقديري acte discrétionnaire، كما في الرخصة تنتهي إذا كانت الأسباب المادية الباعثة قد انقضت وهذا يعني أن الشرط الفاسخ condition resolotaire في حال القرار التقديري ليس محظوراً[2].

من أجل ما تقدم يتضح أن المشرع قد يرى ملاءمة تنظيم نشاط لأنه يتوسم بهذا النشاط الطبيعية الموضوعية العامة.

وبالعكس، فقد يرى أن نشاطاً ما يتسم بملاءمات وظروف خاصة، وبذلك فالأداة الأمثل للإحاطة بهذه الظروف هي السلطة التقديرية.

أما بالنسبة لموضوعنا بالذات، فهنالك قضايا تتمحور حول مسائل هامة في حياة الجماعة، مثل حماية أسس الجماعة متمثلة في النظام العام، فهذه الحماية تتطلب أن يترك للإدارة قدراً متيقناً من الحرية.

---

[1] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص92.

[2] المرجع السابق، ص92.

فمثلاً على صعيد المال العام لا يمكن أن نماثل الاستعمال العام للمال العام أو الاستعمال المشترك لجزء منه، تماثل ذلك بالاستعمال الخاص.

فالاستعمالان الأولان ذوا طبيعة موضوعية، لذلك ينبري النظام القانوني لتنظيم هذا الاستعمال بالأداة التشريعية.

ومثلاً آخر نضربه على ذلك يتعلق بالترخيص للأجانب، فهذا الأمر لا يمكن أن يتماثل مع الترخيص للمواطنين، ومن هنا تنهض الحاجة لإعطاء الإدارة سلطة تقديرية في التعامل مع الأجنبي بما يتفق مع مقتضى النظام العام.

وقد يتعلق الأمر بممارسة الفرد لحقوقه الأساسية les droits fondamentaux، مع تعليق ذلك على رخصة تمنحها الإدارة، كما هو الأمر في رخص البناء أو رخص السيارات[1]، أو الرخص المتعلقة بالصيد[2].

هنا يتدخل الشارع ليقرر حقائق موضوعية متجنباً وضع هذه التراخيص، تحت تحكم إرادة الإدارة.

هكذا يقرر Merikoski بأن نشاط الإدارة في هذا المجال ينبغي أن يكون مقيداً دائماً بالقانون[3].

---

[1] د. عبد الفتاح حسن: قضاء الإلغاء، ص144.

[2] وهذا ما فعله المشرع الفرنسي، انظر في ذلك د. عصام برزنجي: السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، ص166.

[3] كتابه:

Le pouvoir discrétionnaire de l،administration،wistitute inter nationeel de sciences administrative،Bruxelles, 1958,p53ets.

ويرى الدكتور عصفور أن الإدارة تمتع بمزيد من التقدير في منح تراخيص المال العام ذات المقاصد الضبطية التي تتوخى السلامة العامة، والأمر على خلافه بالنسبة للتراخيص التي تتوخى سلامة الدومين العام police de conservation[1] .

ومن أشهر أحكام مجلس الدولة الفرنسي في هذا الخصوص حكمه الصادر في قضية gomel، والتي تتلخص وقائعها بأن أحد الأفراد طلب ترخيصاً لإقامة بناء باريس يسمىPluee Beoriaru ، لكن الإدارة رفضت ذلك بحجة أن البناء المطلوب سيلحق ضرراً بمكان أثري وفقاً للمادة 118 من قانون 1911/7/13 .

لقد تحقق مجلس الدولة الفرنسي من هذه الواقعة، فاتضح له أن هذا الميدان لا يدخل في عداد الأماكن الأثرية، وبذلك تكون الإدارة قد أخطأت في التكييف القانوني، وقرارها حري بالإلغاء[2] .

إذن يفترض وجود قواعد تنظيمية تسوس منح الرخصة، والإدارة، تتقيد بأحكام هذه القواعد .

ومن جهة أخرى لدينا كتلة نصية ضخمة تنظم منح الرخصة، مثل اللوائح المنظمة للمرور، واللوائح الخاصة بمراقبة الأغذية واتخاذ الاحتياطات لمنع تلوث مياه الشرب أو انتشار الأوبئة، ثم اللوائح المنظمة للمجال العمومية والخطرة والمضرة بالصحة أو المقلقة للراحة، وغير ذلك.

---

[1] د . محمد عصفور: الضبط الإداري، ص243.

[2] حكمه الصادر في 1914/4/4، مجموعة سيري، سنة 1917 .

ووفقاً لهذه الشروط الموضوعية حكم مجلس الدولة اليوناني بترخيص أصدرته الإدارة بفتح مخبز بشرط أن يكون سعر الخبز أقل من السعر الرسمي، حكم ببطلان الشرط مع بقاء الترخيص سليماً[1].

وهذا هو موقف محكمة القضاء الإداري في مصر في النص على الإدارة لعدم منح ترخيص تسيير سيارتي أوتوبيس خاصة باعتباره حق لكل شخص وبعد استيفاء الإجراءات القانونية[2].

كما وحكم مجلس الدولة الفرنسي بصحة القرار الصادر بالترخيص لشركة أوتوكار باتخاذ موافقة لها في الطرق العامة، مع بطلان الشرط الذي يلزمها باحترام مواعيد السكة الحديد[3].

بيد أن الغالب هو انتماء الترخيص إلى السلطة التقديرية للإدارة أو حسب تعبير "ميزيكوسكي" فسلطة الإدارة بهذا الصدد من حيث المبدأ تقديري[4].

وهذا ما أكده الفقيه الفرنسي "ميشو" بوجود مجالات متميزة لممارسة السلطة التقديرية، مثل الامتناع عن التصرف، إذ ليس هنالك داع لإرغام الإدارة على ذلك[5].

---

[1] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص96.

[2] القضية رقم 420 لسنة 4 قضائية، مجموعة، ص878.

[3] حكمه الصادر في 1917/6/22، قضية Bougherz et autres المجموعة ص495.

[4] د. عصام برزنجي: السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، ص180.

[5] المرجع السابق، ص171.

ومن هذه الحالات قرارات طرد الأجانب وتراخيص الضبط[1].

ويرى "اتوماير" أن التقدير يظهر في مجال تكملة النصوص، أما السلطة المقيدة فمجالها تطبيق النصوص، وعلى هذا فهو يميز بين القرارات المنشئة les actes constitutifs والقرارات الكاشفة declaratifs، ويضرب مثلاً على القرارات الأولى في قرارات منح رخص التطرق أو سحب الرخص الممنوحة[2].

ويدلي "ميزيكوسكي" دلوه في ذلك فيقول: إن الإجراء الذي يمس حق موجود هو أكثر قسوة من الإجراء الذي يرفض إعطاء حق جديد، وبذلك فإن إعطاء الرخصة ينتمي إلى مجال التقدير[3].

أما القضاء الإداري في مصر فقد اعتبر السلطة التقديرية تتحرك في المجالات الآتية:

1- فتح المحال العامة[4].
2- منح ترخيص الاستيراد[5].
3- منح أو تجديد رخص حمل السلاح[6].

---

[1] د. عصام برزنجي: السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، ص176.

[2] المرجع السابق، ص177.

[3] المرجع السابق، ص180.

[4] مجلس الدولة المصري 1947/11/4، السنة 2، ص206.

[5] مجلس الدولة المصري: 1947/12/16، السنة 2، ص148.

[6] مجلس الدولة المصري: 1954/11/2، السنة 9، ص9.

4- التصريح للمواطنين بالسفر إلى الخارج[1].

5- التصريح للأجانب بالإقامة[2].

6- إقامة أماكن العبادة[3].

وتظهر هذه السلطة واضحة ومطلقة في مجال المال العام لا سيما فيما يتعلق بأشغاله، وهذا ما أكدته محكمة القضاء الإداري في مصر بقرارها الصادر في 1957/7/16، قالت: إن منح التراخيص أو منعها أو إلغاءها هو من الأعمال الإدارية التي تستلزم أحكام القانون العام التي تقضي بإطلاق سلطة الإدارة في إدارة المال العام وفق المصلحة العامة[4].

وحقيقة الأمر أن بؤرة الرخصة وعصبها الحساس يكمن في السلطة التقديرية، ولسنا نغالي القول بأن معظم مجالات التطبيق وظهور الرخصة على مسرح الحياة الإدارية، إنما يتفرع على السلطة التنفيذية للإدارة.

لذلك فإن دراسة الرخصة من حيث علاقتها بالسلطة التقديرية يستقطب أمهات وأساسيات المسائل المتعلقة بهذه الظاهرة القانونية، وهذا ما يحدونا لدراسة تلك العلاقة بشيء من التفصيل، مع التركيز بالذات على إلزامية القضائية على عناصر الرخصة الناشئة عن السلطة الآنفة الذكر واستطراداً وسواء أكانت الإدارة تتمتع بسلطة مقيدة أم تقديرية فلا يحق لها أن تفرض شروطاً جديدة بعد صدور

---

[1] حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر: 1956/6/30، السنة الأولى، ص999.

[2] حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر: 1956/11/10، السنة 2، ص27.

[3] حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر: 1959/4/25، السنة 4 ص1162.

[4] السنة11، ص643.

الرخصة، وهذا ما أكده مجلس الدولة السوري في حكمه رقم 447 تاريخ 1985/5/26[1].

وسواء أكانت الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية أم مقيدة في منح الرخصة، فهي دائماً مقيدة لجهة تحقيق الصالح العام، ولا تستطيع أن تبقى هدفاً يناقض ذلك، كما أن قرارها يرفض الترخيص لا يكون مشروعاً إلا إذا كان مستهدفاً المصلحة العامة[2].

وهنالك قضاء غزير في مجلس الدولة السوري أقر حق الإدارة في ممارسة السلطة التقديرية، ونجد مظاهر هذا القضاء مبثوثة في تضاعيف هذا الكتاب، وإن كنا ننوه بحكم المحكمة الإدارية العليا رقم 32 في الطعن رقم 28 لسنة 1966 المتضمن: إذا منحت الإدارة جهة معينة رخصة بإقامة منشأة صناعية فلا تحرم بذلك من استعمال حقها بالترخيص للغير بممارسة ذات الصاعة تجنباً للاحتكار وتشجيعاً لحرية العمل، وإن صلاحية الإدارة في حق تقرير الترخيص ابتداء أو تمديداً لإقامة منشآت جديدة في صلاحية غير مقيدة[3].

وهنالك ملاحظة هامة هي أن القانون قد يفيد الإدارة في إصدار القرار فيكون اختصاصها مقيداً lieé، وقد تتوفر هذه الشروط كما هو الحال في منح رخصة

---

[1] منشور في مجلة المحامين لعام 1989، قاعدة رقم 11.

[2] د. طعمية الجرف: القانون الإداري- دراسة مقارنة في تنظيم ونشاط الإدارة العامة، دار النهضة، القضية رقم 978، ص17.

[3] هذه المحكمة لعام 1966، ص508.

مركبة permis de ouvreé، ومع ذلك فالإدارة غير ملزمة بمنح الرخصة إذا وجدت أن منحها يتعارض مع مصلحة المرفق intêrèt du ressueé,l وهنا لا نكون حيال امتلاك السلطة التقديرية، وإنما حيال الامتناع عن ممارسة اختصاص مقيد.

هذا ونشير أن مجلس الدولة السوري أكبر هذه السلطة التقديرية للإدارة فيما يتعلق بالتراخيص باستثمار المقالع[1].

أساس ومجال السلطة التقديرية للإدارة منظوراً إليه من زاوية الرخصة

وحقيقة الأمر لقد اجترأنا، القول في هذا المجال مفترضين جدلاً أن هنالك اختصاصاً تقديراً للإدارة بإصدار الرخصة، وبالتالي فهذا ما يجعلنا نتجاوز سؤالاً هاماً يتردد في حقل القانون الإداري، ألا وهو متى ولماذا تعطي الإدارة صلاحية التقدير في منح الرخصة؟.

وفي الواقع أن هنالك أكثر من نظرية[2] حول مجالات منح الإدارة صلاحية هذا التقدير من ذلك نظرية (ميشو) المتضمنة أن هذا التقدير يكمن في الحالات التي تمتنع بها الإدارة عن التصرف.

---

[1] حكمها الصادر في 1989/6/12 القضية رقم 35 لعام 1989 قرار رقم 97، منشور في مجلة المحامين لعام 1989، ص660.

[2] انظر تفصيل ذلك د. برزنجي: السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، ص186 وما بعدها.

وهنالك نظرية "أوتومماير" المدللة بن التقدير يتحرك في مجال تكمله النصوص، أما "ستاسينوبولس"، فيرى أن هذه السلطة تكمن في حرية تحديد معنى من المعاني لفكرة.

وأخيراً يرى "ميريوسني" أن النصوص القانونية المتعلقة بالنشاط الحر للمواطنين وحقوقهم الأساسية، هذه النصوص تفرض قيوداً على إمكان الاعتراف للإدارة بسلطة التقدير.

هذا عن سؤالنا متى تمنح الإدارة سلطة تقديرية، ولكن يبقى علينا الإجابة عن لماذا يكون هذا المنح؟؟.

لقد تعددت النظريات حول ذلك، فمنها من رد الأمر إلى نظرية الحقوق الشخصية، ومنها من رده إلى فكرة المشروع[1].

وفي الحقيقة فالسلطة التقديرية للإدارة لا يمكن أن توجد أو يعترف بها إلا إذا امتنع المشرع من ناحيته، والقاضي من جانبه عن التدخل في تقييد النشاط الإداري تقييداً كاملاً، وبالتالي فلا يمكن تفسير ذلك على أساس الالتزام بمقتضى حقيقة موضوعية محددة[2].

وبصورة عامة، فكل ما يمكن قوله عن سبب عدم تدخل المشرع أو القاضي في تقييد الإدارة هو أنه ليس هنالك سبب واحد محدد لذلك، بل هنالك جملة دواع

---

[1] د. برزنجي: السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، ص186.

[2] المرجع السابق، ص205.

واعتبارات متشابكة تختلف من حال لأخرى دون أن يجمع بينهما من ناظم سوى مبدأ الملاءمة بمختلف عناصره واعتباراته المتقيدة و النسبية[1] .

وبالطبع فالملاءمة opportunite كجهاز مفاهيمي يقصد منه ذلك الجانب القرار المتعلق بفعاليته وحيويته لا قانونيته وشرعيته.

وبمعنى أكثر وضوحاً فعدم تدخل المشرع والقاضي لتقييد النشاط الإداري، في هذا المجال أو ذات أو بالنسبة لهذا العنصر أو ذلك من بين عناصر نشاطها، لا يمكن أن يفسر إلا على أساس تبصرهما بأن التدخل لن يكون نافعاً أو ناجحاً أكثر مما تقوم به الإدارة وهي حرة ومعتمدة على خبراتها الخاصة في وسط من الظروف المعنية أو المتغيرة المتأبية على التحديد السابق[2] .

وهنالك نقطة هامة تتعلق بالسلطة التقديرية، وهي ما إذا كانت الإدارة ملزمة ببحث الظروف الخاصة بكل حالة على حدة، أم أنها تستطيع أن تضع معياراً عاماً تطبقه في جميع الأحوال سلطتها التقديرية؟.

الملاحظ أن مجلس الدولة الفرنسي والمصري سارا في اتجاهين متعارضين فيما يتعلق بهذا الشأن.

أما مجلس الدولة الفرنسي، فيرى أنه لا يجوز للإدارة أن تضع معياراً عاماً فإذا هي فعلت، فإنها تخالف القانون، وكما يتضح مما يلي:

---

[1] د. برزنجي: السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، ص206.

[2] Fino di Daul:Fa competenee liee,f.g D.j.Paris,1946, p425.

حدث أن صدر سنة 1910 في فرنسا قانون أعطى للمحافظين الحق في الترخيص للأطباء بمزاولة مهنة الصيادلة وتحضير الدواء في الجهات التي لا توجد منها صيدلية لها معمل مفتوح للجمهور، ولم يزد القانون على ذلك، فلم تضع شروطاً تقيد من سلطة المحافظين التقديرية في منح هذه التراخيص، وحدث أن صدر قرار وزاري يتضمن على أن الترخيص السالف الذكر لا يمكن أن يمنح للأطباء الذين يوجدون على بعد خمسة كيلو مترات من أية صيدلية.

فلما طلب أحد هؤلاء الأطباء الترخيص السابق رفض المحافظ طلبه تطبيقاً للمعيار السالف، فلما وصل الأمر إلى مجلس الدولة الفرنسي قضى بإلغاء القرار الصادر عن المحافظ برفض الترخيص، وبين حكمه أن الإدارة يجب أن تعمد إلى بحث الظروف الخاصة بكل حالة على حدة، فتراعي المسافة الموجودة بين الطبيب وأقرب صيدلية، كما تراعي حالة المواصلات وسائر الظروف الأخرى التي تعترض سبيل المرضى، فإذا جاءت الإدارة واحتمت خلف معيار عام صادرت بها سلطتها التقديرية فإن قراراتها التي تصدرها تطبيقاً لهذا المعيار تعتبر مخالفة للقانون[1] .

أما مجلس الدولة المصري فلم يتابع المجلس الفرنسي في هذا السبيل، بل العكس فقد شجع الإدارة على أن تشير في الاتجاه المضاد، فهو بصفة عامة يوافق الإدارة على أن تضع من الضوابط العامة ما تقيد به ما منحها القانون من سلطة تقديرية، وكل ما في الأمر أنه يسلط رقابته على هذه الضوابط نفسها ليتحقق من أنها تتفق مع القانون، فنقطة الخلاف بين المجلس الفرنسي والمجلس المصري أن الأول يرى أن وضع الضوابط – في هذه الحالة – غير جائز من حيث المبدأ، بينما

---

[1] قضية Bnniss 1945/12/21، ص266.

يرى المجلس المصري أن وضع الضوابط جائز، ويصب رقابته عليها ليتأكد من اتساقها مع مبادئ القانون.

وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا : إن الترقية بالاختيار متروك أمرها لتقدير الإدارة بلا معقب عليها مادام قد خلا قرارها من إساءة استعمال السلطة، فإذا ما وضعت لاختيارها ضوابط معينة، فإنها يجب أن تلتزم بها في التطبيق الفردي كما أنه يتضمن عليها عند وضع الضوابط أن تلتزم القوانين واللوائح نصاً وروحاً[1].

وهذا هو عين منهج محكمة القضاء الإداري في سوريا كما يتضح من قرارها رقم 26 المتضمن: ليس للإدارة أن تعتمد كلياً من وزارة الزراعة لاستثناء يعطي الآبار من تدبير السحب، وإنما يجب أن يصدر قرار تنظيمي يحدد الحالات التي يجب فيها نزع الأجهزة القائمة والأحوال التي يجب فيها تركها ويصار على أساسه إلى دراسة وضع كل جهاز، فيكون إلغاء رخصة عند ذلك مستنداً إلى ما يبرره في الواقع والقانون[2].

---

[1] مجموعة هذه المحكمة، السنة الثالثة من 106 ص1977، بند 108 ص147، السنة الخامسة بند 37، ص321.

[2] القضية رقم 35 لسنة 1967 منشور في مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري عام 1967، مع تعقيبات المحكمة الإدارية العليا عليها مع التنويه بأن المحكمة الإدارية العليا أيدت هذا الحكم لجهة القاعدة التنظيمية.

الفصل السابع

الرقابة القضائية في مجال السلطة التقديرية

وسنعرض لمظاهر هذه الرقابة متمثلة في الرقابة على السبب، فالمحل، ثم الغرض.

الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة في مجال سبب القرار

وكما ذكرنا سابقاً فليست غايتنا دراسة النظرية للسلطة التقديرية بقدر ما يهمنا دراسة علاقة هذه السلطة بالرخصة الإدارية، ولهذا فسنقوم بدراسة صور هذه القرابة على سبب الرخصة سواء فيما يتعلق بالرقابة على صحة الوجود المادي للوقائع أم ما تعلق بالرقابة على التكييف القانوني للوقائع.

الرقابة القضائية على صحة الوجود المادي للوقائع

لا حاجة للتدليل بأن القرار الإداري يجب أن يقوم على سبب يبرره صدقاً وحقاً في الواقع والقانون، وذلك كركن من أركان انعقاده باعتبار القرار تصرفاً قانونياً ولا يقوم على أي تصرف قانوني بغير سببه[1].

وهكذا يتضح أن أسباب القرار الإداري تتكون من مجموعتين، الأولى قانونية والثانية واقعية.

وبالنسبة للأسباب القانونية فالإدارة لا تتمتع بأية سلطة تقديرية، والقضاء يمارس رقابة كاملة على وجودها وشرعيتها وصحة تفسير الإدارة لها، وما إذا كانت تدخل في مجال تطبيق القانون أم لا[2].

أما ما يتعلق بالأسباب الواقعية، فالأمر أكثر صعوبة وتعقيداً ويجب التمييز بين الحالتين الآتيتين:

1- حالة ما إذا كان النص القانوني، لا يضع تحت تصرف الإدارة إلا اتخاذ إجراء معين في حالة معينة:

مثال ذلك أن تكون في مواجهة نص قانوني على الشكل الآتي: يمنع إعطاء رخصة بناء إذا كان هذا البناء أثري، ومن ثم فإذا ما أعطت الإدارة الترخيص أو منعته ثم طعن بالقرار فالقاضي يواجه في مثل هذه الحال المسألتين الآتيتين:

[1] المحكمة الإدارية العليا في مصر: 1958/7/12، مجموعة أبو شادي مبدأ 1676، ص175.

[2] د. عصام برزنجي: السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، ص237.

أ- التثبيت من الوجود المادي للوقائع exactitude materièlle desfùits.

ب- التكييف القانوني للوقائع qualification puri de que.

فبالنسبة لرقابة السبب الواقعي، فالقضاء الإداري يعترف لنفسه بحق الرقابة على ذلك من حيث صحة وجوده المادي، ولكنه يمتنع في حالات قليلة جداً عن ممارسة رقابته هذه[1].

وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا في مصر: ينبغي أن يكون للأسباب التي تستند إليها الإدارة وجود في الأوراق، وإلا انطوى القرار على مخالفة القانون لانعدام الأساس القانوني الذي يقوم عليه[2].

وقولها أيضاً: إذا انعدم السبب أو كان غير صحيح أو منتزعاً من غير أصول موجودة في الأوراق[3].

2- وإذا ما قدم للإدارة طلب ترخيص فعليها أن تتحرى أسبابه، وفي ذلك تقول محكمة القضاء الإداري في مصر: إذا ما صدر القرار عن مصلحة النقل برفض طلب الترخيص بتسيير سيارة قبل أن تجري في شأنه أي بحث فإنه يكون قراراً صورياً لا ينتج أثره إذاً لعبرة هي الرفض الموضوعي الذي ينبئ عن الدرس التمحيص[4].

---

[1] المرجع السابق، ص243.

[2] 1947/11/11، قاعدة 134، السنة الأولى، ص56.

[3] المحكمة الإدارية العليا في مصر: 5719/4/27، قاعدة 1565، السنة الثانية، مجموعة أبو شادي مبدأ 1606، ص1677.

[4] حكمها الصادر في 1951/4/17، مجموعة الخمس عشرة، سنة ج3، ص2375.

وهنالك ملاحظة أخرى في حال ما إذا كان سبب الترخيص واقعة فضل فيها الحكم الجزائي، ففي هذه الحال يجب احترام حجية الحكم الجزائي، وبالتالي فالقاضي الإداري لا يملك احتراماً لحجية الحكم أن يعيد النظر في هذه الواقعة، بل يتعين أن ينزل في حكمه على مقتضاها، وهو سبب القرار الإداري الصادر بإلغاء الترخيص، وبانتفاء السبب يصبح القرار فاقداً لسببه ويتعين إلغاؤه[1].

ولقد أكدت محكمة القضاء الإداري هذا المسلك بشكل أكثر صراحة وفي ذلك تقول: ((أنه وإن كانت المادة الأولى من قانون حمل السلاح رقم 58 لسنة 1949 تخول لوزير الداخلية حق تقييد الترخيص بحمل السلاح أو سحبه في أي وقت «أي يترخص فيه بسلطة تقديرية» إلا أن ذلك مرده أن يكون التقييد والسحب قد بنيا على وقائع ثابتة مستهدفة الصالح العام، ثم أخذت المحكمة تراقب مادية الوقائع، ولما بان لها أن سحب الترخيص من المدعى قد بني على مجرد وجود تحريات بأنه ينتعل بتهريب المخدرات ولما كانت هذه التحريات لم تتأيد بأي دليل يرقى إلى مرتبة الحقيقة، فإن قرار سحب الترخيص يكون والحالة هذه غير مبني على أسباب جدية، الأمر الذي يجعله واجب الإلغاء))[2].

ومن الأحكام القضائية التي ألغت قرار الإدارة بسبب عدم قيامها على وقائع مادية حكم محكمة القضاء الإداري في مصر الصادر في 1963/2/3 والذي ملخصه: الحكم بأن الإدارة قضت الإفراج عن آلات زراعية مستوردة بحجة أنها آلات مستعملة وأن الترخيص الصادر باستيرادها كان على كان على أساس أنها آلات

[1] محكمة القضاء الإداري في مصر: 1961/7/3، القضية رقم 742، لسنة 15ق، ص111.

[2] مجموعة أحكام محكمة القضاء الإداري السنة الحادية عشر ص155 بند 109 وفي المعنى نفسه انظر مجموعة أحكام المحكمة العليا في مصر السنة الرابعة، ص378، بند 29.

جديدة غير أنه ثبت للمحكمة أن ترخيص الاستيراد لم ينص فيه كون الآلات جديدة، كما أن فاتورة الشراء التي أرفقت بطلب الترخيص تضمنت صراحة أن الآلات مستعملة وانتهت المحكمة إلى أن ذلك يجعل قرار الرفض مبنياً على سبب غير صحيح، وليس له أصول ثابتة في الأوراق.

ويدخل فيه هذا الباب الرقابة على المفاهيم القانونية notions juridiques فقد ينص القانون مثلاً بأن تسيير مؤسسة مقلقة للراحة commode محظور، وأن فتح صيدلية يجب أن يكون في حي معزول.

وهنا يتساءل القاضي: هل إن القانون يحيل المعرفة لحكم هذه المفاهيم إلى التجربة المشتركة lexperience commun، أم إلى السلطة التقديرية للإدارة.

ففي الحال الأولى، نحن حيال تكييف قانوني preulifwliri، يخضع لرقابة القضاء خلافاً للحال الثانية.

ولقد توسع مجلس الدولة، اعتبر مفهوماً قانونياً خاضعاً لرقابته الترخيص بإقامة معمل une fabrique،installation d،l، حيث اعتبر هذا المعمل مقلق للراحة، كما أخضع لرقابته مسألة تقليد النماذج الصناعية، وتحديد الصيدلية المقامة في حي منعزل[1].

---

[1] ستاسينوبولس: المطول في القرارات الإدارية، ص185.

الرقابة على التكييف القانوني للوقائع

أي التحقيق فيما إذا كانت هذه الوقائع بعد ثبوتها أو بعد ثبوت صحة وجودها مادياً تشكل بناء أثرياً أم لا.

فالقاضي الإداري كل من فرنسا ومصر، أخذ يعترف لنفسه بحق رقابة السبب الواقعي من حيث صحة وجوده وتكييفه القانوني في جميع الظروف، اللهم إلا إذا كان القانون قد منعه من ذلك صراحة، أو وجد نفسه بمنحى تقديره الامتناع عن فرض الرقابة على التكييف الذي أجرته الإدارة للسبب الذي اعتمدته[1].

وكما قلنا سابقاً فإن دراستنا لهذه الجوانب من السلطة التقديرية، إنما كان بسابق إسقاط ذلك على الرخصة الإدارية، ولهذا نجد لزاماً علينا دراسة الحالات التي قام بها القضاء بالرقابة على التكييف القانوني للوقائع في مجال الرخصة.

---

[1] د. برزنجي: السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، ص238.

الحالات التي راقب بها التكييف القانوني للوقائع في مجال الرخصة الإدارية

وهذه الحالات متعددة، وقد اجتزأنا الحديث مقتصرين على إبراز بعض الحالات المذكورة:

القرارات المتعلقة بموضوع العطلة الأسبوعية:

بموجب القانون الصادر في 1906/7/13 تعتبر عطلة الأحد الأسبوعية في فرنسا عطلة إلزامية بالنسبة لجميع المؤسسات الصناعية والتجارية، وقد وضع القانون على ذلك الاستثناءات الآتية:

1- الاستثناء المقرر المطلق حق المؤسسة العامة.

2- الاستثناء الذي يمكن الحصول عليه من مراقب العمل ضمن شروط معينة.

3- الاستثناء الذي لا بد منه من الحصول على موافقة صريحة من الإدارة.

ولقد أعطى المشرع في الاستثناء الأخير الإدارة حرية واضحة في التقدير، وإن كان مجلس الدولة اعترف بحقه في فرض رقابته على التقدير الذي تجريه الإدارة.

ولقد حدث أن صدر قرار أحد المديرين برفض الترخيص بإعطاء العطلة الأسبوعية بالتناوب بين مستخدمي محل حلاقة، مما حدا مجلس لدولة إلى إلغاء هذا القرار لأنه وجد بأن محل الحلاقة هذا يقع بالقرب من محطة وبأنه المحل الوحيد الذي يتردد عليه المسافرون، ومن ثم فإعطاء العطلة الأسبوعية لجميع

المستخدمين في المحل يؤدي إلى الإضرار بالصالح العام، ويخص سير العمل في المحل[1].

ما ألغى المجلس قراراً إدارياً برفض الترخيص لمحل يبيع نوعاً معيناً من البضائع، بمخالفة مبدأ العطلة الأسبوعية المقررة يوم الأحد، حيث تأكد المجلس من صحة ادعاء صاحب الدعوى بأن محله هو المحل الوحيد في البلدية، وأن عملاءه من الفلاحين القادمين من جهات البلد لا يستطيعون المجيء إليها إلا يوم الأحد من كل أسبوع هذا فضلاً عن أن نسبة المبيعات يوم الأحد بالذات تساوي 21 بالمائة من مجموع مبيعات المحل خلال الأسبوع وعلى ذلك فقد وجد هذا المجلس أن تعطل المحل عن العمل يوم الأحد يكمن أن يؤدي إلى الإضرار بالمحل، وذلك على أساس من هذا الوضع الاستثنائي للمحل وجمهور زبائنه[2].

1-القرارات الخاصة بالمناظر الأثرية والجمالية:

يلزم التشريع الصادر 1852/3/16 كل من يريد أن يبني بناء في مدينة باريس أن يقدم للإدارة المختصة المخطط الهندسي للبناء الذي تتوفر فيه المواصفات الخاصة بالسلامة العامة والصحة العامة إلى جانب حماية المناظر الأثرية والجمالية.

---

[1] C.E،30 Novembre،1906,seeur, Denis،R،p884,s,1907-3-18- Cone Romueu.

[2] C.E،30، Novembre,1900،Robivet, S.1907-3-18 Cone Romueu.

وقد حكم مجلس الدولة في قضية gomel بإلغاء قرار الإدارة رفض منح الترخيص بحجة حماية المناظر الأثرية حيث تأكد مجلس الدولة بأن ميدان Beuvean الذي تم فيه البناء من قبيل المناظر الأثرية.

وفي قضية Sulin وبعد أن بحث مجلس الدولة توفر الصفة الجمالية caractère éthique في "بارك" حكم بتوفر هذه الصفة في الواقع ولكنه وجد من ناحية أخرى أن المشروع المقترح بالبناء من ناحية موقعه وترتيبات البناء وطرازه ليس من طبيعته يمكن معها أن يؤدي إلى الإضرار بمنظر البارك الجمالي[1].

وعلى ذلك حكم المجلس بإلغاء قرار رفض الإدارة إصدار الترخيص بالبناء، وخلافاً تمم السابق حكمه هذا المجلس في قضية أخرى[2].

ولقد تأكد توفر العنصر الجمالي في بارك Muette أن المشروع المقترح بالبناء في مواصفاته وارتفاعه يفسد جمال البارك لذلك رفض إلغاء قرار عدم الترخيص.

ولقد أثارت الأحكام السابقة كثيراً من الجدل حول مدى رقابة المجلس على الأعمال الإدارية مما حدا بعض هذه الآراء للتدليل بأن مجلس الدولة خرج في هذه الرقابة عن مجال رقابة الشرعية إلى مجال الملاءمة المتروكة للإدارة[3].

---

[1] C.E,24,Murs 1922,Sulin,R.p.282.

[2] C.E,24Murs 1922,feryet mehel R.p.e89.

[3] Jese.D: L'erreur de fait comme frief pouvant sevir de lune.

ويذهب الأستاذ Auby et Drug إلى أنه هنالك حالات معينة يختفي فيها الحدود بين التكييف القانوني والتقدير غير القانون للوقائع لأن المشرع نفسه هو الذي لم يخضع نشاط الإدارة في مثل هذه الحالات إلا لشروط من الواقع غير محدودة تحديداً كافياً. وفي مواجهة ذلك يرى القاضي الإداري بأنه يستطيع أن يستبدل تقديره بتقدير الإدارة[1].

ففي موضوع المناظر الجمالية والأثرية لم يعرف المشرع المعايير القانونية لهذه الأفكار فما كان من القاضي إلا أن قدر بأن تقدير الإدارة لا يماثل تقديره ومن ثم فقد حكم بإلغاء القرار كما في قضية gomel.

ويؤكد الفقيهان المذكوران بأن هذه السلطة التي اعترف بها مجلس الدولة لنفسه لا تختلط مع سلطته الاعتبارية في التفسير لأنها تستلزم حرية في التقدير أوسع بكثير من سلطته في الحالات الأخرى، ومع ذلك فهذه الرقابة لا يمكن اعتبارها رقابة ملاءمة[2].

2-قرارات الترخيص الخاصة بنقل ملكية الأموال غير المنقولة:

تضمن القانون الصادر في فرنسا بتاريخ 1940/11/16 بأنه لكي يكون انتقال ملكية الأموال غير المنقولة مشروعاً يجب أن يكون مرخصاً به من قبل مدير المنطقة المختصة.

---

[1] د. برزنجي: السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، ص371.

[2] المرجع السابق، ص371.

ويبدو ولأول وهلة من هذا النص أنه لا يمكن قيام أي طعن بعدم شرعية قرار الإدارة إلا فيما يتعلق بالاختصاص والشكل.

غير أن مجلس الدولة نجح وبتخريج دقيق في تحديد الغرض من هذه السلطة الممنوحة للإدارة مؤكداً أن من واجبه البحث عن الغرض من إعطاء الإدارة سلطة ما في حال إغفال المشرع ذلك[1].

وفي قضية Dume eonstanliù فسر الغرض على الشكل الآتي:
لقد أراد المشّرع أن يمنع بهذا القانون المضار به والاحتكار، مما يترتب على ذلك أن المدير لا يستطيع الترخيص إذا لم يظهر غرض المضاربة أو الاحتكار من وراء عملية نقل الملكية، أما المركز البائع أو حالته فليست وحدها التي تبرر رفض الترخيص.
هكذا لم ير مجلس الدولة في حالة البائع ما يبرر رفض الترخيص، ما لم يكن هنالك ما يظهر بوضوح من الظروف التي تمت فيها عملية انتقال الملكية لسبب صفة المضاربة أو الاحتكار.

3-القرارات الخاصة بالترخيص بناء الكنائس:
تتمتع الطوائف غير الإسلامية من أهل الكتاب في مصر ومنذ فترة بحرية إقامة الشعائر الدينية وهذا ما أكده الخط الهمايوي الصادر سنة 1856م في ظل الدولة العثمانية والذي تكرس في الدستور الصادر في مصر سنة 1923.
ويترتب على ذلك حق كل طائفة في إقامة الدور اللازمة لأداء الشعائر الدينية شريطة الحصول على ترخيص بذلك.

---

[1] Voir: commissaire du gouvernement, feonard dans ses conelusiol, Affaire dume conslunlin.

هكذا فقد أعطت هذه النصوص للحكومة بسلطة تقديرية واسعة فيما يتعلق بالترخيص أو الرفض.

غير أن هذه السلطة الواسعة لم تمنع مجلس الدولة المصري من البحث في صحة قيام الأسباب التي تتذرع بها الإدارة كما لم تمنعه من البحث في تكييفها القانوني، وإن كان قد أيد الإدارة أحياناً في تكييفها إلا أنه لم يوافقها على ذلك في حالات أخرى[1].

حالات امتناع القاضي الإداري عن بسط رقابته على التكييف القانوني للوقائع وهذه الحالات متعددة الأشكال والمظاهر ولهذا فسنعرض لتلك الحالات المتعلقة بالرخصة ليس إلا : في مجال الضبط العام police générale.

لقد رفض مجلس الدولة الفرنسي أعمال رقابته على قرارات الضبط الخاصة بالأجانب فيما هو أبعد من الرقابة على الوجود المادي للوقائع، كمنع الأجانب من الدخول إلى فرنسا[2]، وتقييد إقامتهم[3]، وحل الجمعيات المؤسسة من قبلهم.

---

[1] محكمة القضاء الإداري العليا في مصر: 1959/4/25، قاعدة 501 سنة 4، مجموعة أبو شادي، مبدأ 415 ص439، محكمة القضاء الإداري في مصر: 1956/2/14 قاعدة رقم 811، مجموعة السنة العاشرة، ص208، محكمة القضاء الإداري العليا 1964/5/30 قاعدة 1416 السنة 7، مجموعة أبو شادي، مبدأ 417، ص440.

[2] C.E،21, Novembre,1952,sieur mareon,R.p.524.

[3] C.E،12, Juin،1953,Dame de saviter, R.p.281.

وخلافاً للجمعيات الفرنسية، فالجمعيات الأجنبية تخضع لقيود واضحة ولترخيص من قبل وزير الداخلية، وهذا الترخيص قد يكون مؤقتاً، ويخضع للتجديد الدوري، وللسحب في أي وقت.

وهكذا فوزير الداخلية يتمتع بهذا الخصوص بسلطة تقديرية واسعة فيما بعد يتعلق بإصدار الترخيص وسحبه، والقاضي الإداري يراقب القرار الساحب من حيث قيامه على وقائع صحيحة مادياً، ولجهة ركن الصالح العام وإن كان لا يتدخل في تقدير الوزير من حيث إخلال الجمعيات بالصالح العام[1].

أما بشأن طرد الأجانب، فقد تعرضت الرقابة القضائية لمجلس الدولة الفرنسي إلى كثير من التقلب والتغير، بسبب عدم وجود نص قانوني يحدد بوضوح سلطة وزير الداخلية، ويبدو أن القانون ترك قصد الوزير تحديد أسباب قراراته، حتى إن مجلس الدولة قبل في هذا المضمار الأسباب العامة والغامضة.

ولقد امتنع مجلس الدولة بادئ ذي بدء عن رقابة الانحراف في السلطة، كما يبدو من النقد اللاذع للفقيه "ديجي"[2]، ومع ذلك فقد قبل مؤخراً الطعن بالانحراف في السلطة بالنسبة لقرارات طرد الأجانب[3].

---

[1] C.E،22، Avril،1955،Assosiation Eraneo- rassedite، Ronsky Dom،R.p.202.

[2] Léon Duguit: Traité de droit constitutionnel, 3e ed،T.5،p90.

[3] حكمه الصادر في 1936/10/21، قضية gilloy المجموعة 1898.

والأمر نفسه بالنسبة لترويج الصحف وتوزيعها والمحررات الأخرى ذات المصدر الأجنبي[1]، ولقرارات رفض منح الترخيص اللازم لممارسة الأجنبي للأعمال التجارية[2].

وهذا هو موقف المجلس في رقابته على قرارات رفض الإدارة استصدار جواز سفر للمواطنين الفرنسيين، فقد قرر عدم البحث فيه، إلا إذا كان القرار المطعون فيه، قد أقيم على أساس وقائع موجودة، أو منعدمة مادياً[3].

ولقد امتنع هذا المجلس عن الرقابة على بعض قرارات الضبط الخاصة بالصحة العامة نظراً لطبيعتها الفنية[4].

---

[1] C.E. 4 Juin,1954,joudoux el Riaux, R.p.346.

[2].C.E. 26 Novembre,1956,Ville, R, p443.

[3] C.E. 14 Mai,1948,imlach, R,p215.

[4] C.E. 22 Ferrier,1952،société des fabratoires eodan, R,p133.

الرقابة على الهيئات والمنظمات الخاصة

لقد اقتصرت رقابة القاضي الإداري في هذا المجال على الوجود المادي للسبب، ومن ثم وعلى سبيل المثال إذا نص القانون على أن إجراء معيناً من إجراءات الرقابة يمكن أن تمارسه الإدارة على أساس مقتضيات المصلحة العامة، فالقاضي في هذه الحال لا يبحث فيما إذا كانت الوقائع المحتج بها قد تم تكييفها بشكل صحيح[1].

ورقابة المجلس تشبه في هذا المجال رقابته على الجمعيات الأجنبية المؤسسة في فرنسا، والمثال على ذلك ما تعلق بموضوع سحب الاعتراف بالجمعيات الخاصة بالرهنية congreqations relifeure، بحيث قدر المجلس بأن رقابته هذه لا يمكن أن تتناول ألاعيب الاختصاص والشكل ووجود الأسباب[2].

[1] د. برزنجي: السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، ص401.

[2] C.E. 18 Ferrier,1921, Dame feduel, R,p194.

القرارات ذات الطبيعة الفنية

ومن هذه الحالات التي رفض المجلس فيها رقابته على التكييف حالة القرارات الخاصة ببعض المستحضرات الطبية، وما إذا كانت تدخل في مجموعة الأدوية السمية[1].

كما أن المجلس المذكور امتنع عن البحث في التكييف القانوني لرفض اللجنة المختصة في مسرح الكوميدي فرانسيز لمسرحية من المسرحيات المقدمة للتمثيل[2].

ويرى الفقيه اليوناني "ستاسينوبولس" أنه ليس هناك من الناحية النظرية البحتة طائفة خاصة من القرارات التي تصدر نتيجة التقدير أو اختصاص فني، إلا وتكون خاضعة للرقابة القضائية للتكييف القانوني، والقاضي يكون مخطئاً إذا تذرع بافتقاره للخبرات الفنية.

بيد أنه من وجهة النظر العلمية – فهذه الرقابة ليس لها أثر جدي لأن القاضي سيجد نفسه في استحالة استبدال رأيه برأي الإدارة، كما أننا لا نجد سبباً يدفعه إلى الاعتقاد بأن الخبرات الفنية لشخص ثالث خبير يمكن أن تؤدي إلى نتيجة الترجمة من تلك التي تم التوصل إليها من قبل رجل الإدارة المختص فنياً[3].

---

[1] C.E. 27 Avrie,1961, saeite Tom1, R,p246.

[2] C.E. 19 Janier,1964, sieur Palupart, R,p116.

[3] ستاسينوبولس: المطول في القرارات الإدارية، ص189.

ولقد رفض مجلس الدولة الفرنسي القرابة على التكييف المتعلق باستغلال المناجم[1].

رقابة القضاء الإداري المصري على التكييف القانوني للوقائع

وسنقصر هذه الرقابة على متعلقاتها بالرخصة دون الجوانب الأخرى، وفقاً للتفصيل الآتي:

على هذا استقر القضاء الإداري على الاعتراف للإدارة في هذا الشأن بسلطة تكييف الأسباب التي تدعوها لإصدار قرارها، وهذا ما يتضح من حكم محكمة القضاء الإداري القائل: بأن قرار الإبعاد متى صدر عمن يملكه وبالطريق الذي رسمه القانون مستنداً إلى أسباب صحيحة ثابتة في الأوراق تؤدي إليه دون أن تشوبه شائبة عن سوء استعمال السلطة، يكون قد صدر صحيحاً متفقاً مع أحكام القانون.

وعليه فمتى ثبت أن المدعى من ذوي الإقامة الخاصة الذي أشرط القانون لإبعادهم شروطاً معينة ومن ضمن ذلك تهديد أمن الدولة وسلامتها في الداخل والخارج أو اعتباره عالة على الدولة، ورأت الإدارة أنه خطر على الدولة وعالة عليها، وبذلك صدر القرار المطعون فيه مستوفياً أركانه الشكلية، فلا يجوز للمدعى الاعتراض عليه من هذه الناحية، أما ما يثيره المدعى حول الأسباب الموضوعية التي ارتكن إليها القرار المطعون فيه، فهو من الأمور التي تستقل الجهة

---

[1] C.E. 22 Decembre,1933, societe M,R, p1216.

الإدارية بتقديرها دون معقب عليها، ما دام أن قرارها ثد صدر مستنداً إلى وقائع صحيحة تحقيقاً للصالح العام[1].

وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا بقولها: الأصل في إقامة الأجنبي بإقليم الدولة وفي حق الدولة بإبعاده هو أن الدولة إذا ما سمحت له بالدخول إلى إقليمها فلا يترتب على ذلك نشوء دائم لهذا الأجنبي في الاستقرار بإقليمها فهذا الحق مقصور على المواطنين وحدهم، وتحدد الدولة عادة للأجنبي مدة إقامة معينة يغادر الإقليم لزاماً عند انقضائها ما لم تسمح له بتمديد المدة، ويتمتع خلال المدة المصرح له بها بالإقامة والتنقل داخل الإقليم وفقاً للشروط والأوضاع التي تحددها الدولة في هذا الشأن غير أن الحق في ذلك يرد عليه قيد أساسي مستمد من حق الدولة في البقاء والمحافظة على كيانها، وهذا الحق الأصيل كاف وحده لتخويل الدولة سلطة إبعاد كل أجنبي يهدد سلامتها، على الرغم من عدم انقضاء مدة الإقامة المصرح بها[2].

بيد أنه إذا كانت السلطة الإدارية تتمتع بسلطة تقديرية في إبعاد الأجانب إلا أن هذه السلطة لا يمكن أن تكون متعسفة وترقى إلى مستوى التحكم، وهذا ما أوضحته محكمة القضاء الإداري في مصر بقولها: بما أنه وإن كانت هذه المحكمة

---

[1] 1955/11/1، قاعدة 13، سنة 8، مجموعة السنة العاشرة، ص16، 1955/11/8 قاعدة 718، السنة8، مجموعة السنة العاشرة، ص23- 1956/1/3،قاعدة 570، السنة8، مجموعة السنة العاشرة، ص129.

[2] 1964/2/1، قاعدة 555، بمجموعة أبو شادي، مبدأ 146، ص148،1956/4/7، قاعدة 753، مجموعة أبو شادي، مبدأ رقم147، ص149،1956/8/4، قاعدة 1679، السنة2، مجموعة أبو شادي، مبدأ رقم 148، ص150.

ترى لا جدال في صحة المبدأ الذي قررته المحكمة الإدارية العليا، وهو أن السلطة الإدارية غير ملزمة بتحديد الإقامة المؤقتة للأجنبي عند انتهاء مدتها، وأن الترخيص له بالإقامة أو عدمه، وكذلك مدة إقامته أو عدمها هو «طبقاً لنص المادة 1 من المرسوم بقانون رقم 74 لسنة 1952» من المسائل التي تترخص الإدارة في تقديرها بسلطة مطلقة في حدود ما تراه متفقاً مع الصالح العام، وأنه يجب على الأجنبي مغادرة البلاد بمجرد انتهاء مدة إقامته المؤقتة التي لا تعدو أن تكون صلة وقتية عابرة لا تقوم إلا على مجرد التسامح الفردي من جانب الدولة المتروك تقديره لسلطتها استناداً إلى سيادتها على إقليمها وحقها في اتخاذ ما تراه لازماً من الوسائل للمحافظة على كيانها ومصالح رعاياها حيثما يتراءى لها أنه يحقق المصلحة العامة، إلا أن مرد ذلك ومناطه ألا تسيء الجهة الإدارية استعمال سلطتها التقديرية، فترفض تجديد الإقامة للأجنبي دون مسوغ معقول تقتضيه المحافظة على سيادة الدولة وأمنها وآدابها.

ومن حيث الثابت من الأوراق أن المدعية ما طالت مدة إقامتها إلا بسبب حالتها المرضية، وإلى مدة قصيرة لكي تستكمل علاجها من مرض الروماتيزم بمياه حلوان المعدنية، ولم تكن ثمة خطورة معها على الأمن والآداب العامة. كان القرار المطعون فيه الصادر بتبليغها مغادرة البلاد لإنهاء مدة إقامتها وعدم إجابتها التي طلب تجديدها وتكليفها بالسفر قبل استكمال علاجها في حمامات حلوان المعدنية التي تقوم الحكومة بالدعاية لها يكون ذلك منافياً لسياسة الحكومة في تشجيع السياحة التي تنفق عليها مبالغ طائلة، فضلاً عن أنه يكون متجافياً مع الإنسانية وما تمليه من الرحمة بالمرضى ما يجعله بعيداً عن استهداف المصلحة العامة ويصمه بعيب سوء استعمال السلطة[1].

---

[1] جلسة 1956/9/18، القضية رقم 777، لسنة 10ق.

وهكذا تكون محكمة القضاء الإداري قد وضعت المعقولية سقفاً لمشروعية التصرف هذا فضلاً عن المبادئ الإنسانية وما تمليه من الرحمة بالمرضى، وبالتالي يكون قرار محكمة القضاء الإداري أكثر اتفاقاً مع الاتجاهات القضائية الحديثة التي تضيق دائماً من نطاق السلطة التقديرية وانتقاص حالاتها في مجال الحريات[1].

ويميز الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي بين الترخيص للأجانب بالإقامة المؤقتة أو الترخيص بالإقامة الخاصة أو العادية[2].

أما فيما يتعلق بالإقامة المؤقتة فالدكتور أبو زيد يعرض لرأي المحكمة الإدارية العليا في مصر ويتبناه بحرفيته، تقول المحكمة الإدارية العليا : يتبين استظهار نصوص المواد/9و10و15/من المرسوم بقانون رقم 74 لسنة 1952 في شأن جوازات السفر وإقامة الأجانب، إن إقامة الأجنبي في جمهورية مصر أياً كانت صفتها سواء أكانت خاصة أم عادية أم مؤقتة، هي مركز قانوني لا ينشأ من تلقاء نفسه، بل لا بد لنشوئه من صدور قرار إداري به، فإذا كانت الإقامة مؤقتة ترخصت الإدارة في تقدير منا سياستها بسلطة مطلقة في حدود ما تراه متفقاً مع المصلحة العامة بأوسع معانيها، إذ الإقامة العارضة لا تعدو أن تكون صلة وقتية عابرة لا تقوم إلا على مجرد التسامح الودي من جانب الدولة[3].

---

[1] د. محمد عصفور: مذاهب المحكمة الإدارية العليا في الرقابة والتفسير والابتداع، ص128.

[2] الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي: القضاء الإداري، ص213 و214.

[3] د. مصطفى أبو زيد فهمي: القضاء الإداري، ص212، وحكم المحكمة الإدارية العليا، السنة الأولى، ص1006، بند 122، ومجموعة السنة الثانية، ص27، بند4.

أما إذا كان الترخيص للأجانب بالإقامة الخاصة أو العادية، فإن مركز الأجنبي في هذه الحالة أقوى من مركزه في حال الإقامة المؤقتة، ولهذا فإن الإدارة لا تستقل بتقدير الأسباب، فإذا أرادت أن ترفض الترخيص أو ترفض تجديده فعليها أن تتأكد من أن وجود الأجنبي يهدد الدولة[1]، وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا في مصر: على الإدارة أن تتأكد من أن وجود الأجنبي فيه ما يهدد أمن الدولة أو سلامتها في الداخل أو الخارج أو اقتصادها القومي أو الصحة العامة أو الآداب العامة أو السكنية العامة، أو أن يكون عالة على الدولة[2].

القرارات الخاصة بالترخيص للمواطنين بالسفر للخارج

اعترف القضاء المصري للإدارة بسلطة تقديرية واسعة في تقدير الأسباب التي تدعوها لاتخاذ قرارها بذلك، والقيد الوحيد في ذلك هو قيد الانحراف في استعمال السلطة إضافة إلى صحة الوجود المادي للوقائع، وهذا ما أكدته محكمة القضاء الإداري بقولها: إن الفقه والقضاء قد استقر على أن منح الترخيص يحمل جوازات سفر المصريين من إطلاقات الإدارة التي تتمتع بسلطة تقديرية واسعة طالما أنها لم تنحرف بالسلطة ولم تستهدف إلا المصلحة العامة[3].

وهذا هو موقف المحكمة الإدارية العليا بحكمها الصادر في 1964/1/14: إن الترخيص في السفر إلى الخارج هو من أولى الأمور المتروكة لتقدير جهات الإدارة حينما تراه متفقاً مع الصالح العام، فلها أن ترفض طلب الترخيص أو طلب تمديده إن كانت قد رخصت به من قبل إذا أقام لديها من الأسباب ما يبرر ذلك مادياً وقانونياً واستخلصت النتيجة التي انتهت إليها في هذا الشأن استخلاصاً سائغاً

---

[1] د. أبو زيد فهمي: القضاء الإداري، ص214.

[2] المحكمة الإدارية العليا في مصر: مجموعة السنة الأولى، ص1006، بند122.

[3] 1955/12/20، قاعدة رقم 425، السنة 6، المجموعة السنة العاشرة، ص98.

من أصول ثابتة تنتج النتيجة، فإذا ثبت على النحو المتقدم أن لسلوك طالب تمديد الجواز فيه ما يضر بمصلحة البلاد وسمعتها، ويؤذي صحة أبنائها، ويهدد سلامتهم، فلا تثريب إذن على الإدارة إن هي رفعت طلب الترخيص أو التمديد دون قسر أو إساءة لاستعمال السلطة بل رعاية للمصلحة العامة[1].

وفي حكم آخر تقول: ((إن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن الترخيص أو عدمه في السفر إلى الخارج هو من الأمور المتروكة لتقدير الإدارة حسبما تراه متفقاً مع الصالح العام، منها أن ترفض الترخيص إذا قام لديها من الأسباب ما يبرر ذلك، ولا يغير في سلامة هذا المنع أن قرار وزير الداخلية رقم 15 لسنة 1952 في شأن الحصول على إذن مغادرة أراضي الجمهورية قد تضمن النص على أن يصدر هذا الإذن من الموظف المختص في الحدود التي تتطلبها مصلحة البلاد العليا أو تقتضيها دواعي الأمن))[2].

لقد اعتمدت المحكمة الإدارية العليا في حكمها الأخير تقارير الموظفين المصريين لجهة سلوك آلية الترخيص، واعتبار إقامتها في الحجاز يضر بالمصلحة العامة، وبالمقابل فلم تأخذ هذه المحكمة بالشهادة التي قدمتها المدعية من مدير الأمن بالحجاز بتمتعها بحس السيرة والسلوك مدة وجودها بالحجاز.

---

[1] قاعدة رقم 1378، السنة 7، قاعدة 950، السنة 8، مجموعة أبو شادي، مبدأ رقم 421، ص442.

[2] 1966/11/12، قاعدة 442، السنة 11، مجموعة السنة الثالثة عشر، ص162.

وقد مارس القضاء المصري رقابة الحد الأدنى ومن ذلك التراخيص الخاصة بالمحلات المقلقة للراحة المضرة بالصحة والخطرة تطبيقاً للقانون رقم 13 لسنة1993[1].

ومن الرقابات التي مورست بها أيضاً الرقابة على التراخيص الخاصة بالملاهي[2].

ولقد عقبت المحكمة على ذلك بقولها: ((لا يترتب على الحكومة المصرية إذا كانت قد اطمأنت فيما انتهت إليه إلى صدق موظفيها المسؤولين وأرجحيتها على شهادة موظف من حكومة أجنبية بحسن سيرة المدعية وسلوكها)).

على هذا الأساس، فقد كان هذا الحكم موضع طعن ونهي من قبل الفقه المصري بمقولة أنه كان على المحكمة أن تأخذ بشهادة الموظف الكبير المسؤول في الدولة التي تريد المدعية السفر إليها، هذا فضلاً أن الحكم المذكور لم يضع موضع الاعتبار أنه يواجه حرية عامة – إن لم يكن أهم حرية – هي الحرية الشخصية، وما يتفرع عنها من حريات كحرية الانتقال[3].

لقد قرر الحكم «والكلام للدكتور محمد عصفور» إن الترخيص في السفر إلى الخارج أو عدمه هو من الأمور المتروكة لتقدير الإدارة حسبما تراه متفقاً مع الصالح العام ولو أن المحكمة كانت تعالج حق الأجانب في الدخول إلى الأراضي

[1] محكمة القضاء الإداري 1949/12/27، ق343، س3، مجموعة السنة الرابعة ص104، 1949/4/26، ق571، س3، مجموعة السنة الثالثة، ص622.

[2] محكمة القضاء الإداري 1950/5/17، ق355 س3، مجموعة السنة الرابعة، ص108 والعليا: 1956/11/24، ق1706، س2، مجموعة أبو شادي، مبدأ رقم 436، ص457.

[3] د. عصفور: مذاهب المحكمة الإدارية العليا في الابتداء والرقابة والتفسير، ص126.

المصـرية لكـان المبـدأ الـذي وضـعته سـليماً، إمـا أن تسـاوي في المعاملـة بـين حريـة أساسية مثل حرية المصريين في التنقل، وبين أي رخصة من الـرخص، الـتي تـتحكم فيها الإدارة بسلطة تقديرية، فهو يتجاوز بالسلطة التقديرية حدود الدستور، ولقد أوضحنا اتجاه القضاء الإداري الأجنبي بأنه يستبعد من نطاق السـلطة التقديريـة كل ما يمس حرية من الحريات العامـة، ولـو أن المحكمـة العليـا أرادت عـدم التقيـد بهـذا الاتجـاه، لكـان أولى بهـا علـى الأقـل أن تضـيق مـن سـلطان الإدارة في مجـال الحريات،

فـلا تميـز عنـد تصـرف الإدارة في مجـال الحريـات، فـلا تميـز عنـد تصـرف الإدارة في منـع سـفر المصـري إلى الخـارج إلا لسـبب خطـير تتناسـب خطورتـه مـع أهمية الحـق الدسـتوري الـذي تعطلـه، لا أن تعتـبر المنـع مـن الأمـور المتروكـة لتقـدير الإدارة، حسبما تراه هـي متفقاً مع الصـالح العـام. ولـئن بـدا أن الفـارق بـين وجهـتي النظر السابقتين غير كبير، فالأمر على خلاف ذلك. فالأخذ بوجهة النظـر السـائدة في القضاء الإداري الأجنبي يجعل زمام الدعوى والرقابة عليها في يد القاضـي، إذ هو الذي يقرر ما إذا كان السبب الذي تتذرع به الإدارة من الخطورة، بحيث يسـوغ تعطيل حرية الانتقال، أما وجهة نظر المحكمة العليا، فمن شـأنها وهـي تعتـبر حريـة الانتقال من قبيل الرخص التي تتحكم الإدارة في منحها ومنعها تجريد القاضي من حقه في مراقبة أسباب السفر مـا دامـت قـد عولـت علـى تقدير الإدارة وحـدها في هذا الشأن حسـبما تـراه هـي متفـق مـع الصـالح العـام، ومثـل هـذا المنحـى يسـتبعد عملياً أية رقابة قضائية على تصرفات الإدارة في هذا المجال ويجافي الاتجاه الذي كان غالباً في أحكام القضاء الإداري[1] .

[1] د. محمد عصفور: مذاهب المحكمة الإدارية العليا في الرقابة والتفسير والابتداع، ص126.

القرارات المتعلقة بحمل السلاح والإتجار بها

خول المشرع المصري الإداري سلطة تقديرية واسعة النطاق في هذا المجال[1]، إذ جعل من حقها رفض الترخيص أو التجديد وأن تقصر مدته أو تقصره على إحراز أو حمل أنواع معينة من الأسلحة دون سواه وأن تفيد الترخيص بأي شرط تراه، كما خولها أن تسحب الترخيص مؤقتاً أو إلغائه نهائياً، وحسبما يتراءى لها من ظروف الحال وملابساته بما يكفل وقاية المجتمع وحماية الأمن.

بيد أن المحكمة العليا ذهبت للقول: ليس معنى عبارة (وحسبما يتراءى لها من ظروف الحال وملابساته)، إن لجهة الإدارة سلطة مطلقة في ذلك بل هي مقيدة بما أمرها الشارع، أي أن يكون القرار الصادر عنها مسبباً، وقد نصت الفقرة الثانية من المادة الرابعة من القانون 493 لسنة 1952 على ذلك صراحة فقالت: (ويكون قرار الوزير برفض منح الترخيص أو سحبه أو إلغاؤه مسبباً)، وإذا كان الشارع قد حظر في المادة السادسة من القانون رقم 58 لسنة 1949 وفي المادة السابعة من القانون 392 لسنة 1954، منح الترخيص لأشخاص معين عددهم في كل من المادتين المذكورتين فإن مثل هذا الحظر، لا يعطل سلطة الإدارة التقديرية في منح الترخيص أو منعه أو سحبه أو إلغائه بالنسبة إلى غير هؤلاء الأشخاص وغير تلك الحالات[2].

غير أن هذه المحكمة إذ تنبه إلى أن سلطة الإدارة في هذا الشأن غير مطلقة بدليل اشتراطها تسبيب قراراتها إلا أنها من ذلك لا تمارس كل ما يقتضيه التسبب في

---

[1] القانون رقم 16 لسنة 1904، ورقم 394 اسنة 1952.

[2] 9/ 11/1963 قاعدة رقم 522، السنة 7، مجموعة أبو شادي، مبدأ رقم 422، ص442.

الرقابة على صحة الوجود المادي للأسباب ثم صحة التكييف القانوني لها، بل تكتفي فقط برقابة الحد الأدنى وهو صحة الوجود المادي[1] .

هذا وننوه بأن من الأمثلة التقليدية التي يسوقها الفقه على السلطة المقيدة المثال الخاص بطلب تراخيص حمل أسلحة الصيد إذ يجب على الإدارة منح هذه التراخيص إلى كل شخص قدم طلباً إلى الإدارة المختصة إذا ما توافرت فيه الشروط القانونية دون أن يكون لإدارة بحث ملاءمة هذه التراخيص ودون اشتراط تثبيتها مما إذا كان طالب الرخصة يحسن أو لا يحسن استعمال السلاح[2]، ومع ذلك فالإدارة تتمتع بسلطة تقديرية فيما يتعلق بتاريخ منح هذه الرخصة[3] .

وتنحسر الرقابة نسبياً إذا تعلق المر بمسائل فنية، ففي القرار الصادر برفض منح رخصة قيادة سيارة لا يراقب القاضي مدى صلاحية طالب الرخصة للقيادة، وفي القرار الصادر برفض قبول أغنية في الإذاعة لا يراقب مستواها الفني، وفي القرار الصادر برسوب طالب في الامتحان لا يراقب تقدير الإجابة، وإن كان يراقب الخطأ المادي في حساب الدرجات[4] .

---

[1] 1958/12/13، قاعدة رقم 1872 لسنة 4، أبو شادي، مبدأ 1121، ص1150.

[2] د . إبراهيم شيحا : أصول القانون الإداري، منشأة المعارف بالإسكندرية، ص180.

[3] د . شيحا : أصول القانون الإداري، ص182.

[4] حكم محكمة القضاء الإداري في مصر حكمها الصادر في 1965/1/19، وقد عرض لهذه الحالات د . عبد الفتاح حسن: قضاء الإلغاء، ص305.

ومع ذلك فالقضاء الإداري في مصر لا يتردد في رقابة العناصر الفنية في الوقائع، إذا كان القرار يمس الحرية الشخصية، بل ويستعين بأهل الخبرة، والمثال على ذلك يظهر فيما قضت به المحكمة الإدارية العليا بوصم شخص بأنه مريض عقلياً[1] .

وقد راقب هذا المجلس الوقائع التي تتحدث بها الإدارة بأنها مخالفة للنظام العام والمتعلقة برفض ترخيص ناد لأسباب اجتماعية وعلمية بحجة أن من بين أعضاء هذا النادي من هم من جماعة الإخوان المسلمين، وبالمقابل فقد كانت حجة محكمة القضاء الإداري (وبعد أن بسطت رقابتها على ذلك) أن عدد أعضاء الإخوان لا يبلغ الخمسة أعضاء من أصل خمسمائة عضو مما لا يعتبر مخالفاً للنظام العام[2] .

---

[1] هذا المثال لا يتعلق مباشرة بالرخصة، وقد عرفنا لما لأهمية حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر الصادر في 1966/11/19، انظر د. عبد الفتاح حسن: قضاء الإلغاء، ص306.

[2] القضية رقم 468 لسنة4 قضائية، جلسة 1951/4/17، مجموعة السنة الرابعة، ص880.

بعض قرارات التراخيص الأخرى

وقد مارس القضاء المصري رقابة الحد الأدنى، ومن ذلك التراخيص الخاصة بالمحلات المقلقة للراحة والمضرة بالصحة والخطر، تطبيقاً للقانون رقم 13 للسنة 53[1].

ومن الرقابات التي وردت أيضاً للرقابة على التراخيص الخاصة بالملاهي[2].

الرقابة القضائية على مدى التناسب بين السبب والمحل على صعيد الترخيص

وهذه الرقابة تسمى بالرقابة على مدى ملاءمة القرار، وفيها يفحص القاضي ما إذا كانت الواقعة أو الحالة المادية أو القانونية التي وجدت بوصفها القانوني كان يلزم لمواجهتها إصدار القرار أو إصداره بمثل أو بكل الآثار القانونية التي يرتبها[3].

فإذا صدر قرار بإخلاء منزل لأنه آيل للسقوط، وثبت للقاضي أن المنزل آيل للسقوط فعلاً (أي ثبت توافر السبب المادي بوضعه القانوني)، فالقاضي يتساءل:

---

[1] حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في 1949/12/27، ق 243، س 3 مجموعة السنة الرابعة، ص104.

[2] حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في 1950/5/17، ق355، السنة2، مجموعة السنة الرابعة، ص801.

[3] د. عبد الفتاح حسن: قضاء الإلغاء، ص284.

هـل كـان يلـزم مـع ذلـك إخـلاء المنـزل؟؟. ألم يكـن يكفـي إخـلاء الأدوار العليـا دون غيرها؟.

وإذا ارتكـب الموظـف خطـأ، فالقاضـي يضـع نصـب عينـه التسـاؤلات الآتيـة: هـل احترم الموظف الفعل، ثم هل إن هذا الفعل يشكل إثماً إدارياً (التكييف القـانوني)، وأخيراً هـل إن الإدارة محقـة باتخـاذ هـذه العقوبـة بالـذات، أي أنـه كـان بالإمكـان اتخـاذ عقوبـة أخرى.

والأمـر نفسـه بالنسـبة لسـحب رخصـة مـن محـل بسـبب إقامـة للراحـة العامـة، فالسؤال الذي يطرح نفسـه علـى الرقابـة القضـائية هـو ألم يكـن بإمكـان الإدارة أن تتخذ تدبيراً آخر غير سحب الرخصة، ألا وهو الإيقاف للمحل؟.

وبصـورة عامـة فـإن تقـدير خطـورة العمـل في ذاتـه والنتـائج الـتي قـد تترتـب عليـه مـن الجوانب التقديرية التي تستقل الإدارة بالترخيص فيها دون معقب من القضاء الإداري.

وهذا هو المسلّم به في فرنسا كقاعدة عامة، وما أعلنته محكمة القضـاء الإداري في مصر في حكمها الصـادر في 1953/4/29 حيث تقول: الإدارة في الأصـل تملـك حرية وزن قياسات وتقدير أهمية النتائج التي تترتـب علـى الوقـائع الثابـت قيامهـا، والتي من أجلها تتدخل لإصدار قرارها[1].

وهذا هو تأكيد المحكمة الإدارية العليا في مصر، وفي ذلك تقول: أما تقـدير أهميـة السـبب وخطورتـه فهـو مـن إطلاقـات الإدارة المتروكـة لمحـض تقـديرها واقتناعهـا حسبما تستقر عليه عقيدتها[2].

---

[1] مجموعة أحكام المجلس، السنة الرابعة، ص1027.

[2] 1956/11/10، السنة الثانية، ص69.

ولأجل هذا جرى القضاء الإداري في فرنسا على تخويل الإدارة سلطات واسعة فيما يتعلق بمنح تراخيص استعمال المال العام، استعمالاً خاطئاً لأن تقدير مستوى ملاءمة هذا الاستعمال للغرض الأصلي الذي من أجله خصص المال العام، هو مسألة تقديرية تستهل الإدارة بوزنها، فإذا ما رفضت الترخيص بحجة الاستعمال الخاص المطلوب خطر على الاستعمال العام فالقضاء لا يعقب عليها في هذا الشأن[1].

الاستثناءات التي أوردها القضاء الفرنسي على رقابة الملاءمة

لقد خرج مجلس الدولة الفرنسي من القاعدة الآنفة الذكر ومارس رقابة كاملة على ملاءمة القرار الإداري فيما يتعلق بإجراءات الضبط البلدي police Muniepale.

وتعتبر قضية Benjamin أول قضية[2] يتعرض لها مجلس الدولة إلى تقدير ملاءمة إجراء ضبطي أصدره أحد العمد بمنح اجتماع عام وانتهى فيه إلى إلغائه، لأنه لم يكن متناسباً مع درجة أهمية السبب الذي دعا العمدة إلى اتخاذ هذا القرار.

فقد كان قرار العمدة يقضي بمنع اجتماع يزمع عقده بحجة أنه سوف يعرض الأمن العام للخطر، وقد وجد المجلس أن الاضطرابات التي احتج بها العمدة لم

---

[1] د. سليمان الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية، ص61.

[2] 1933/5/19، Sieur Benjamin، سيري4، 193، ح3 مع تعليق ميشيل.

تكن من الخطورة بحيث لا يمكن تدارك نتائجها بإجراءات أخرى أخف وطأة على الحريات العامة من منع عقد الاجتماع.

واستمر المجلس بعد ذلك في رقابته على ملاءمة قرارات الضبط التي تمس الحريات العامة وحرية التجارة والطباعة من ذلك إلغاء قرار العمدة وبالمنع المطلق لمرور المركبات في جزء من الشارع معين من الساعة الثامنة صباحاً حتى الساعة الواحدة بعد الظهر في أيام الأحد والثلاثاء والجمعة من كل أسبوع، وهي أيام السوق في المنطقة، وذلك لأنه وجد أن انعقاد السوق في هذه الأيام ليس له من الحاجة والأهمية بحيث يبرر إصدار القرار بالمنع المطلق لمرور المركبات ولو لساعات معينة في هذا الجزء من الشارع إذ من الممكن اتخاذ قرارات أخرى بتنظيم المرور أخف وطأة على حرية الذهاب والإياب في الطرق العامة من قرار المنع المطلق[1].

ومن جهة أخرى فقد وافق المجلس على تقدير الإدارة لخطورة القيام بمظاهرة دينية على النظام العام، فحكم برد الطعن بقرار الإدارة بمنع القيام بذلك[2].

وحكم في قضية أخرى بعدم صحة قرار الإدارة بمنع اجتماع بحجة تهديده النظام العام[3].

[1] C.E،30 Octobre,1636، yroufement des industriels et eonmereats de sant Maurice,R.p.936،R.D,p1937،p387.

[2] 1947/6/3 قضية Sieur guiller، ص293.

[3] 1953/1/23، Sieur Naud، ص32.

وألغى المجلس قرار العمدة بتحديد عدد المرات التي يمكن معها عرض فيلم سينمائي في المنطقة، باعتبار أن مناظر الفيلم تشكل نوعاً من الترويج لمفاهيم فاسدة تثير قلقاً على التعليم والمخالطة.

وقد وجد المجلس من جانبه أن حالة الخطورة الناجمة عن عرض فيلم سينمائي معين يمكن تداركها بمنع هذا العرض بصورة مطلقة، وقد يكون مثل هذا القرار المتناسب مع الحال القائمة، أما تقييد عدد مرات العرض، فهو إجراء حسم يمس حرية التجارة ولا يبرره السبب المشار إليه في القرار.

ولكن ما مبرر رقابة الملاءمة من قبل القاضي وهو قاضي بشرعية؟.

إن اختصاص القاضي في الرقابة على أعمال الإدارة هو دائماً رقابة الشرعية، ولكنه راقب الملاءمة في بعض الحالات «كحالات الضبط على الأخص» لأن الملاءمة هنا تشكل عنصراً من عناصر شرعية القرار وكان سند المجلس في ذلك هو أن الحريات إنما تشكل مسألة قانونية[1].

ولكن السؤال المطروح هو: لماذا يشكل موضوع الحريات العامة على الأخص مسألة قانونية، ولا يشكل موضوع الحقوق الشخصية مسألة قانونية كما هو الحال في سحب رخصة من مقصف مؤجر إلى فرد عادي.

[1] 1954/5/14، Sieur pisehof، ص269.

رقابة القضاء الإداري في مصر

«ملاءمة القرار»

إذا كان القضاء التزم بعدم مد رقابته على ملاءمة القرارات الإدارية، إلا أنه خرج على ذلك فيما يتعلق ببحث أسباب قرارات الضبط الإدارية، وفرض رقابة على تقدير الإدارة لصحة الأسباب وخطورتها وتناسبها مع الإجراء المتخذ بالإضافة إلى رقابته الاعتيادية على صحة الوجود المادي للوقائع وتكييفها القانوني[1].

تقول محكمة القضاء الإداري ((إذا كان لوزارة الصحة العامة أن تصدر قرارات فردية للمحافظة على الصحة العامة ومنع نشوء الأمراض أو انتشارها إلا أن هذه القرارات بوصفها تصرفات بوليسية تخضع لرقابة هذه المحكمة التي لها سلطة واسعة في تحري أسبابها وملابساتها لكي تتأكد من موافقتها لظروف الحال وأنها لازمة وضرورية لصيانة الصحة العامة، وبمعنى آخر للمحكمة سلطة بحث ملاءمة هذه الظروف والملابسات التي أدت إليها))[2].

وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا بالنسبة لإجراءات الضبط الخاصة بالأعمال التجارية والصناعية وخطورتها على الصحة العامة[3].

وفيما يتعلق بإغلاق سوق تجاري قالت محكمة القضاء الإداري: إن المحكمة ترى وقد مضى على الحادث الجنائي مدة طويلة دون أن يقع ما يخل بالأمن أن تعطيل

---

[1] عبد الفتاح حسن: قضاء الإلغاء، ص286، د. سليمان الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية، ص60 وما بعدها.

[2] 1949/6/16، ق657، س2، مجموعة السنة الثالثة، ص115.

[3] 1968/11/9، ق882، س13، مجموعة السنة 14، ص28.

الإدارة للسوق بعد ذلك بدعوى المحافظة على الأمن ليس هو الوسيلة الوحيدة لبلوغ هدمها، وليس من الضرورة والحالة هذه تعطيل السوق الذي لا يدار إلا يوماً واحداً في الأسبوع، ولا يترتب على قيام حادث بين قبيلتين إغلاق السوق لا سيما بعد أن انقضى أكثر من سنة أو تقف على حدوث مثل هذا الحادث دون أن يتم الصلح بين القبيلتين، وقد كان في مقدور الإدارة اتخاذ الإجراءات الكفيلة بمنع الحوادث دون الالتجاء إلى إغلاق السوق حتى إذا اضطرتها الظروف إلى اتخاذ هذه الإجراء الشديد كان هذا بالقدر المناسب ولمدة قصيرة من الزمان أما استمرار السوق حتى يتم الصلح فهذا ما لا يصح التسليم به[1].

وهذا هو رأي هذه المحكمة بالنسبة لإجراءات الحاكم العسكري في إجراءات الاعتقال وتحديد الإقامة، إلا عند الضرورة القصوى، لما في ذلك من مساس بالحرية الشخصية، وأن يكون ذلك بالقدر الضروري واللازم للمحافظة على الأمن فلا يتجاوزه إلى غيره من الأغراض[2].

وهذا هو رأي المحكمة الإدارية العليا في مصر بشأن المعابين بأمراض عقلية فقد راقبت خطورة المرض بأن يكون من شأنه الإخلال بالأمن أو النظام العام أو كان يخشى منه على سلامة المريض أو سلامة الغير، وبغير توافر ذلك يكون حجزه غير جائز قانونياً[3].

---

[1] 1952/1/22، ق167، س5، مجموعة السنة السادسة، ص340.

[2] 1953/4/29، ق1026، س6، مجموعة السنة السابعة، ص1027.

[3] 1957/3/2، ق1831، س2، مجموعة أبو شادي، مبدأ 1681، ص1753.

وفيما يتعلق بحرية الصحافة والقرار بإلقاء صحيفة فوراً ذهبت محكمة القضاء الإداري إلى أن هذا الإجراء الخطير الذي يمس حرية الصحافة في الصميم ينبغي أن يستند إلى حالة من الخطورة جد كبيرة تبرر الإلغاء الفوري، أي أن يعدم حالة الضرورة التي تبرر اتخاذ مثل هذا الإجراء، والقضاء الإداري العربي مستقر على أن من حقه أن يبحث في صحة قيام حال الضرورة هذه والتي استقر على أنها لا تقوم إلا بتوافر أركان أربعة أن يكون هناك خطر جسيم مفاجئ يهدد النظام والأمن وأن يكون عمل الضرورة هو الوسيلة الوحيدة لدفع هذا الخطر وأن يكون هذا العمل لازماً فلا يزيد على ما تقضي به الضرورة[1].

وقد أدلى الفقه المصري دلوه في هذا الصدد، وفي ذلك يقول الدكتور سليمان محمد الطماوي: ((وعلى هذا الأساس فليس للقضاء الإداري أن يعقب على مدى ملاءمة رفض الإدارة الترخيص لأحد الأفراد باستعمال المال العام استعمالاً خاصاً إذا قررت أن ذلك سيؤدي إلى تعطيل الغرض الذي من أجله يخصص المال))[2].

أما إذا كان تقدير الملاءمة يتعلق بالحريات الغرض منها يراقب القاضي مدى ضرورة الإجراء الذي اتخذته الإدارة بالنسبة إلى حقائق الرخص وظروفه[3].

---

[1] 1957/6/26، ق587، س5، مجموعة السنة الخامسة، ص1099.

[2] كتابه في القضاء الإداري، ص507.

[3] د. عبد الفتاح حسن: قضاء الإلغاء، ص308.

تقديرنا لقضاء الملاءمة

عرفنا سابقاً لأوجه وحالات رقابة القضاء في مجال ملاءمة القرار، حيث يتضح أن معظم تلك الحالات تعلقت بالضبط الإداري، ويرى Costugne أنه ليس هنالك مبرر لتقييد نشاط فردي أساسي ذو أهمية خاصة إلا لأسباب خطيرة وهذا الأمر تبدو أهميته بصورة خاصة فيما يتعلق بحرية العقيدة والعبادة والاجتماع، هذا فضلاً عن أنه يجب أخذ رقابة الملاءمة بعين الاعتبار[1].

والسؤال المطروح هو لماذا لا نجد هذه الرقابة على مسائل أساسية من الحقوق الفردية لا سيما ما يتعلق بالحقوق الناشئة من الرخصة أم يتقدم القضاء الإداري نحو العدالة بصورة ملموسة من أجل ترسخ مظاهر العدالة بكل صورها دون التقيد بنظرية وحيدة.

لقد أخذ القضاء المصري بقضاء الغلو بالنسبة لمسائل التأديب[2]، لكن لماذا يتعرض هذا التوجه إلى كامل القرارات الإدارية عندما يكون هنالك اختلال في التناسب أو التوافق من أهمية الوقائع وما اتخذ في صددها من إجراء[3].

---

[1] د . برزنجي: السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، ص420.

[2] المحكمة الإدارية العليا في مصر 1961/11/11، ق563، س7، مجموعة السنة السابعة، ص27.

[3] د . برزنجي: السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، ص437.

لقد اعتبرت العليا في مصر الغلو في تقدير الجزاء ليس قائماً على أساس الإساءة في استعمال السلطة فهو ليس معياراً شخصياً وإنما هو معيار موضوعي قوامه عدم التناسب بين خطورة الذنب الإداري ونوع الجزاء ومقداره.

لقد اعتبرت المحكمة الإدارية العليا في مصر الغلو في تقدير الجزاء ليس قائماً على أساس قصد الإساءة في استعمال السلطة أي لم تحمل هذه القرارات على معيار شخصي وإنما على أساس موضوعي، وهذا يعني أن المحكمة الإدارية العليا لم تعتبر عيب الغلو عيباً من عيوب الانحراف، بل أسسته على الخطأ في تقدير أهمية الوقائع المكونة للقرار الإداري، وهو بذلك من عيوب السبب والرقابة عليه رقابة الحد الأعلى على سبب القرار الإداري.

أما بالنسبة للقضاء الإداري السوري فقد أتيح له أن تعامل مع بعض القضايا التي تمس الأمن والسلامة العامة من ذلك حكم محكمة القضاء الإداري رقم 96 الصادر في القضية رقم 59 لسنة 1967 والذي جاء فيه: لئن كان للإدارة بحكم رقابتها وإشرافها على التوجيه القومي والسياسي وبمقتضى مسؤوليتها في صيانة الأمن والسلامة العامة أن تمنع عرض الأفلام التي تمس العلاقات القائمة مع إحدى الدول الصديقة بحيث تستقل في تقدير ملاءمة اتخاذ إجراء من هذا النوع[1].

وفي نظرنا: إن تلك العلاقة التي سلطت محكمة القضاء الإداري الرقابة عليها تلك العلاقة «ونظراً لحساسيتها وأهميتها» تعطي الإدارة مزيداً من تقدير الملاءمة والقول بغير ذلك يعني السقوط في الروتين البغيض ويشل الإدارة في أمهات المسائل

[1] منشور في مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها هذه المحكمة عام 1967، ص72.

التي تتصل بالحقائق العليا للمجتمع ومن ثم إذا كان هنالك مجال للكلام عن سلطة تقديرية للإدارة فهذا الأمر يصح على تلك المسألة وبذلك يكون الحكم السالف الذكر سليماً لهذه الناحية هذا فضلاً أن الحكم لم يخيب الإدارة في الغلو الذي اعتنقها مجلس الدولة المصري: ومع ذلك فإن لنا تقديراً وتقويماً آخر لهذا الحكم.

وبيان ذلك إن الملاءمة التي اعتمدتها محكمة القضاء الإداري تفترض تحرك أمر إداري ضبطي في ظل نص قانوني.

والملاحظ إن حكم محكمة القضاء الإداري لم يتطرق إلى أي نص قانوني تحرك قرار الإدارة في ظله وهكذا فإن علينا أن نطرح السؤال الآتي: هل أن قرار الإدارة بمنع عرض الفيلم صدر بدون نص قانوني إذا كان الأمر بالإيجاب فإن القضاء الإداري الفرنسي أعطى للإدارة هذا الحق ضمن الشروط الآتية:

1-ألا يكون المشرع اشترط صدور لائحة قبل اتخاذ الأوامر الفردية.

2-أن يكون الأمر الفردي في نطاق الضبط الإداري العام.

3-أن يقوم ظرف استثنائي يستلزم اتخاذ الإجراء الفردي[1].

وهكذا أصبح لنا أن نتساءل هل إن منع الفيلم كان في إطار الضبط العام وهل أن هنالك ظرفاً استثنائياً وبالتالي لم تتسلط الرقابة على ضوء ذلك.

---

[1] د. طعمية الجرف: القانون الإداري- دراسة مقارنة في تنظيم ونشاط الإدارة العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1978، ص498.

الرقابة على ركن المحل في حال السلطة التقديرية

محل القرار هو الأثر القانوني الذي يترتب عليه حالاً ومباشرة

وبيان ذلك أنه بعد أن تتحقق الإدارة من قيام الحالة الواقعية أو القانونية التي تبرر تدخلها، وبعد أن تكيفها التكييف القانوني الصحيح، وتقدير الأخطار التي قد تنجم عنها تواجه اتخاذ قرار معين، وهنا يكمن معظم الاختصاص التقديري للإدارة.

وقد تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية يعطيها حرية الاختيار بين عدة حلول[1].

وهكذا تكون السلطة التقديرية بالنسبة لمحل القرار الإداري أو مضمونه تمثل في كل مرة تكون فيها قاعدة القانون التي تحكم القرار قد تركت للإدارة حرية اختيار مضمون قرارها المختصة بإصداره ولتوضيح ذلك الافتراضين الآتيين:

إذا افترضنا أن المشرع قرر بأن على الإدارة أن ترفض إعطاء رخصة إذا كان البيت الذي يراد بناؤه يقع في منطقة خطرة أو مضرة بالصحة العامة، فهل تكون في مثل هذه الحال أمام اختصاص مفيد أم أمام سلطة تقديرية؟.

ينبغي التمييز بين الحالتين الآتيتين:

1. إذا كانت السلطة التقديرية هي التي تحدد على وجه الاستغلال ودون معقب أو رقابة المناطق الخطرة فلا يمكن أن يقال أن هنالك اختصاصاً مقيداً، بل هنالك سلطة تقديرية بمعنى الكلمة حتى ولو لم يكن في وسع الإدارة سوى اتخاذ قرار واحد، وذلك لتمتعها بحرية تقدير السبب.

2. إذا كان الأمر عكس الحال الأولى بأن تكون هنالك سلطة أخرى مستقلة ومحايدة كالقضاء الإداري تراقب تقدير الإدارة في تحديد معنى الخطورة

[1] د. برزنجي: السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، ص462.

المنصوص عليها قانوناً وهو سبب القرار في مثالنا، بأن تتمتع الإدارة في مثالنا، بسلطة اختيار السبب الذي يستند إليه محل القرار الذي تتخذه، وعلى ذلك تكون في هذه الحال أمام اختصاص مقيد بمعنى الكلمة[1] .

وهنالك تطبيقات متعددة للتقدير في مجال المحل، وإن كنا نعرض لهذا الجانب المتعلق بالرخصة.

وفي الحقيقة فالإدارة تتمتع بحرية كاملة في الترخيص بالاختصاص الفردي بمالها العام أو رفضه، على أن يكون في حدود المصلحة على أنه إذا وضعت الجهة الإدارية لنفسها قواعد لتضبط تصرفاتها في الترخيص للأفراد، وجب عليها أن تلتزم هذه القواعد، ولا تحيد عنها ولا تسيء تطبيقها، وإلا كان قرارها مخالفاً للقانون[2] .

الترخيص أو عدم الترخيص في تحويل مدرسة من ابتدائية إلى إعدادية في حي من أحياء المدينة هذا الأمر من الملاءمات المتروكة لتقدير جهة الإدارة القائمة على مرفق التعليم، وهي تترخص في ذلك حسبما تراه متفقاً مع صالح الإشراف على تنشئة التعليم وتربية أبناء الشعب على ما تطمئن هي إليه من الاعتبارات[3] .

ويرى الدكتور الطماوي أن حرية الإدارة في هذا المجال[4] يأخذ المظاهر الآتية:

---

[1] د. برزنجي: السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، ص471.

[2] محكمة القضاء الإداري في مصر: 1955/11/1، ق1256، س7، مجموعة السنة العاشرة، ص15.

[3] المحكمة العليا في مصر:1960/4/9، مجموعة السنة الخامسة، ص642.

[4] د. الطماوي: القرارات الإدارية، ص63 وما بعدها.

1- حرية الإدارة بالتصرف والامتناع:

فيما لم يحتم المشرع على الإدارة التدخل إذا تحققت أسباب معينة، وبذلك فإن مجرد تحقق أسباب تجيز تدخل الإدارة لا يلزمها بالتدخل.

2- اختيار وقت التدخل:

وهذا أبرز عناصر السلطة التقديرية للإدارة إذ المسلم به أنه إذا لم يفرض المشرع على الإدارة أن تتدخل خلال فترة معينة، فإنها حرة في اختيار وقت تدخلها حتى ولو كانت ملزمة أصلاً بإصدار القرار أو تترخص بإصداره على نحو معين ومن ثم فالمشرع كثيراً ما يترك تحديد الوقت للإدارة.

3- اختيار فحوى القرار:

إذا لم يمل المشرع على الإدارة مقدماً مضمون القرار وفحواه فالإدارة حرة في تضمين قرارها الأثر الذي تريده بشرط أن يكون هذا الأثر على حد تعبير مجلس الدولة ممكناً وجائزاً.

وفي إطار الرخصة الإدارية ظهرت هذه الحرية في المظاهر الآتية:

1- للإدارة الحق في منح تراخيص بفتح المحال العامة ورفضها والامتناع عن تسديدها: 1947/11/4، س2، ص26.

2- للإدارة سلطة تقديرية في منح تراخيص الاستيراد: 1947/12/16، س2، ص148، 1954/11/17، س9، ص13.

3- تترخص الإدارة في منح أو منع تمديد أو عدم تمديد الرخصة بحمل السلاح: 1954/11/2، س9، ص9.

4- إن التراخيص بحمل السلاح وسحبه من الملاءمات المتروكة للإدارة، عليا مصر: 1958/9/13، س4، ص377.

5- تصريح المواطنين بالسفر إلى الخارج هو من الأمور المتروك تقديرها للإدارة: عليا مصر 1956/6/30، س1، ص999.

6- الترخيص للمواطنين بالسفر إلى الخارج في بعثة أو إجازة دراسية على نفقة الدولة عليا مصر: 1963/3/22، س8، ص909.

7- للإدارة سلطة تقديرية واسعة النطاق بخصوص التصريح للأجانب بالإقامة أو رفض لتصريح عليا مصر: 1956/11/10، س8، ص27.

8- سلطة مجلس مراقبة الأمراض العقلية، وتقرير ما إذا كان شخص مصاباً بمرض عقلي أو لا هي في الأصل سلطة تقديرية: عليا مصر: 1959/6/27، س4، ق1623.

9- للإدارة سلطة تقديرية في تمديد برامج الإذاعة وما تتضمنه من موضوعات، ومن ثم لها كل الحق في رفض تخصيص وقت معين لإذاعة صلوات وطقوس تنتمي إلى دين معين: 1958/10/14، س12-13، ص142.

10-للإدارة سلطة تقديرية في منح الرخص المتعلقة بإشغال المال العام أو في إلغاء هذه الرخص[1].

[1] حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في 16 يوليو 1957، السنة 11، ص43.

الرخصة الإدارية وعيب إساءة استعمال السلطة

ركن الغاية أو الغرض أو الباعث أو الهدف le but هو النتيجة النهائية التي يسعى رجل الإدارة إلى تحقيقها من وراء إصدار قراره.

والقاعدة العامة أن الإدارة ليست حرة في اختيار الغاية من تصرفاتها، بل عليها أن تلتزم الغرض الذي رسمه المشرع لكل اختصاص يضعه بين يدي الإدارة، فإذا ما جاوزت الإدارة ذلك، ولو كانت حسنة النية، أصبحت قراراتها مشوبة بعيب انحراف السلطة[1].

إذن فالإدارة لا تتمتع بأي تقدير في مجال هذا الركن ومن ثم فركن الغاية هو الحد الخارجي للسلطة التقديرية.

"n،y a famuais de faveur discrétionnaire en inolive de leùt"

ويظهر هذا العيب في الصورتين الآتيتين:

1- أن يستهدف مصدر القرار لا تمت للمصلحة العامة بصلة، كأن يستهدف به تحقيق نفع شخصي لنفسه أو لغيره أو الإضرار بآخر أو خدمة مذهبه الديني أو السياسي أو الاقتصادي أو الاجتماعي.

ومن الأمثلة على ذلك القرار الصادر عن العمدة بعدم جواز منح المحلات العامة للرخص قبل الساعة الثامنة خلال أيام الأسبوع وقبل الظهر من يوم الأحد وقد برز قراره بقصد حماية أسباب من الانصراف من عملهم خلال أوقات العمل ولكن ثبت أنه إصداره تحقيقاً لمصلحته الشخصية أو كان يملك فندقاً ومحلاً لبيع

[1] د. سليمان الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية، ص75.

المشروبات، ويخشى منافسة حانة أخرى له لذا اعتبر مجلس الدولة قراره مشوباً يعتبر إساءة استعمال السلطة وقضى بإلغائه[1] .

2- غير أنه قد يحدث أن يحدد المشرع غاية محددة لا يجوز لمصدر القرار أن يستهدف غاية مغايرة، ولو كانت هذه الغاية تحقق مصلحة عامة، بل حتى إذا تحققت فعلاً.

ومنشأ الانحراف هنا هم استعمال الإدارة لسلطتها الضابطة لإرغام المستجمين على استعمال الكباين الخاصة بالبلدية لقاء أجر[2] .

ومن صور انتهاك قاعدة تخصيص الأهداف القرار الصادر بالسماح لطبيب بمزاولة بعض أعمال الصيدلية وحتى إن كان الغرض منه إغراء هذا الطبيب بالعمل في منطقة معينة[3] (على الرغم من أن هذا الهدف الأخير متعلق بالمصلحة العامة).

ومن ذلك القرار الصادر برفض السماح لسيرك بأنه يعرض حفلاً، على الرغم من أنه استهدف ازدياد الإقبال على السوق السنوي للمدينة[4] .

ومن ذلك القرار الصادر بغرض القيام بأعمال التعبيد لبعض الطرق، وذلك تخفيفاً للأعباء المالية التي تتحملها الإدارة في هذا السبيل، وقد اقتنع القضاء بما يرى تذرعت به سلطات الضبط من رغبتها في المحافظة على سلامة المرور[1] .

---

[1] د. محمود محمد الحافظ: القضاء الإداري في القانون المصري والمقارن، 1967، ط4، القاهرة، دار النهضة العربية، ص577.

[2] C.E,4 Juilley, 1914,Beuùge، R, p641.

[3] C.E,4 Ferrier, 1932,Valence.

[4] C.E،22 Ferrier, 1950,conseil cenlriel des pharmacient dr officir، p117.

ومن ذلك رفض الترخيص لشركة تاكسي بتسيير سيارتها في مدينة معينة لأن قرار الرفض صدر أثر اجتماع عقدته نقابة سائقي التاكسي بتلك المدينة، وأعلنت معارضتها لهذه الشركة الجديدة التي تريد منافستهم في مورد رزقهم، وعلى ذلك يكون قرار العمدة مقصوداً به حماية طائفة معينة من الناس ضد مناقشتهم لا تحقيق أغراض البوليس العادية، ولهذا يكون مشوباً بعيب الانحراف[2].

وكذلك القرار الصادر بمنع مرور المركبات الثقيلة على طرق معينة بحجة تأمين سلامة المرور، ثم يظهر أن الغرض المستهدف وراء القرار التخفيف من نفقات صيانة هذه الطرق[3].

ومن ذلك القرار الصادر برفض الترخيص باستيراد سلعة معينة، ثم يتضح أن الباعث هو خوف الإدارة من بوار سلعة مماثلة كانت قد استوردتها[4].

والقرار الصادر برفض الترخيص بفتح دار للسينما رغم توافر الشروط اللازمة وذلك لرغبة وزارة الأشغال في شراء الأرض التي أقيمت عليها دار السينما خالية من البناء فتحصل عليها بثمن بخس[5].

---

[1] C.E،1 Juill, 1956,soeiéte de cirpue Pinder, p382.

[2] د. الطماوي: الوجيز في القضاء الإداري، ص531.

[3] C.E،12 Novembre, 1907,Belles، R, p1048.

[4] محكمة القضاء الإداري في مصر: 1947/12/16، ق92، س1، مجموعة السنة الثانية، ص148.

[5] محكمة القضاء الإداري في مصر: 1949/12/27، ق 243، س3، مجموعة السنة الرابعة، ص104.

ومع ذلك فقد اتسمت بعض الأحكام بالمرونة تحت نظرية الظروف الطارئة وتحت تأثير فكرة وجوب أعمال الشروط التعاقدية، وما أدتا إليه من مساهمة الجهات الإدارية المتعاقدة في تحميل جزء من الخسائر التي مني بها المتعاقدون معها الأمر الذي لم يعد في مقدور الإدارة المحلية للنواحي والمناطق الإقليمية والبلدية أن تتجاهل الأوضاع والمراكز المالية للمتعاقدين ملتزمي المرافق العامة، وهكذا فقد تلقى القضاء الإداري بالقبول فكرة وجوب مساعدة الجهات الإدارية للمتعاقدين معها ضد المنافسين في المجال نفسه الذي تم التعاقد فيه حتى ولو احتاج الأمر إلى استعمال سلطات الضبط في هذا السبيل وهكذا فلم تحكم على الإدارة بالانحراف في استعمال سلطتها الضبطية لتحقيق أهداف مالية[1].

ويرى الدكتور "محمود محمد الحافظ" إن مجلس الدولة عدل حديثاً عن اتجاهه القديم فلم يعد حكم بإلغاء القرارات الإدارية التي تصدرها الهيئات الإقليمية بناء على سلطات البوليس متوخية بها حماية مصالحها المالية، إذا لم يعد يرى فيها إساءة لاستعمال السلطة، ويبرر هذا التطور سوء الأحوال المالية وخاصة بالنسبة للهيئات الإقليمية في الوقت الحاضر[2].

وقريب من هذا الاتجاه موقف مجلس الدولة المصري في حكمه المتضمن: لما كان مبني طلب إلغاء القرارين موضوع الدعوى أنهما مشوبان بعيب إساءة استعمال السلطة لاستهدافهما تحقيق مصلحة مالية خاصة للبلدية هي الأتاوة التي نصت عليها التراخيص ورفعت في شأنها دعاوى مدنية لا تزال منظورة أمام القضاء، وإن

---

[1] د. برزنجي: السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، ص527 وما بعدها، وقد أشار إلى عدة أحكام لمجلس الدولة الفرنسي حول ذلك.

[2] د. محمد محمود الحافظ: القضاء الإداري في القانون المصري والمقارن، 577.

هذه المصلحة العامة لا تعتبر غرضاً مشروعاً مما يبرر إنهاء أو سحب التراخيص، بل هو غرض غير مشروع منطو على إساءة استعمال السلطة. متى كان ذلك، فإن هذا الطلب يكون على غير أساس سليم من القانون، لأن الأسباب المالية التي أدت إلى سحب التراخيص لامتناع المدعيين عن وضع الأتاوة تدخل ضمن المصلحة العامة ومن ثم فإن المجلس البلدي أن استهدف بإلغائها أن يقيد ما لا تسنى له مواجهة نفقات إصلاح شوارع المدينة، والتي جاء في بعض أوراق الملف الخاص بالسيارات أنها تتأثر بعمل الشركات المرخص لها عملاً دائماً مستمراً، وإن نفقات إصلاحها كبيرة، إنما استهدف هدفاً مشروعاً، وليس ثمة شك في موازنة الميزانية المحلية من أغراض المصلحة العامة[1].

وليست سلطات الضبط الوحيدة التي تنحرف الإدارة في استعمالها لسلطتها من أجل أهداف مالية، بل إن رخص التطرق في هذا الاتجاه، إذ المفروض أن منح هذه الرخص يجب أن يراعي في المقام الأول مصلحة الدومين العام دون بعض الفوائد المالية[2].

ومن الأحكام التي صدرت بعيب الانحراف حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 26 يوليو 1947، وملخصه أن الحكومة الفرنسية أصدرت مرسوماً في 1939/9/9 قررت فيه عدم جواز إنشاء محل تجاري، أو توسيعه إلا بعد استئذان مدير الإقليم، وكان الغرض من هذا المرسوم حماية أصحاب المحال التجارية المجندين أو الأسرى من منافسة الغير، وعندما قدم أحد الأفراد طلباً إلى

[1] محكمة القضاء الإداري في مصر: 1954/12/27، ق635، س7، مجموعة السنة التاسعة، ص183.

[2] د. أبو زيد فهمي: القضاء الإداري، ص625.

المدير بالإذن له بفتح فندق رفض المدير إعطاء الإذن بحجة أن فتح الفندق يعوق إشراف الإدارة على الدعارة، ولا شك أن قرار المدير بالرفض كان هدفه المصلحة العامة، وهي حماية الآداب والصحة العامة، ولكن مجلس الدولة قضى بإلغائه، لأنه انحرف عن قصد المشرع في منح المدير سلطة التصريح بفتح المحال التجارية، وهو حماية أصحاب المحال المجندين من منافسة غيرهم[1].

فهذا العيب ليس عيباً شكلياً أو عيباً يتعلق بالاختصاص، وليس عيباً موضوعياً (كعيب السبب وعيب المحل) يمكن فضحه، لهذا فقد تميز بصعوبة إثباته وبأنه عيب احتياطي لا يتطرق إليه إلا إذا عجز عن تعيب القرار بعيب آخر[2].

خلافاً لما أشارت إليه محكمة القضاء الإداري مصر حيث جمعت بين هذا العيب وعيب مخالفة القانون في حكمها الصادر في 1948/6/7 والذي تقول فيه: يلزم لصحة القرار الإداري أن يكون مبنياً على أسباب صحيحة وهذه الأسباب تكون خاضعة لرقابة هذه المحكمة لتتحقق من صحتها ومدى مطابقتها للواقع وما إذا كانت تؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها القرار فإذا كان الثابت من وقائع الحال أن الإدارة أصدرت قراراً برفض تمديد تراخيص حمل السلاح الخاص بالمدعى مستندة إلى أسباب اتضح للمحكمة أن بعضها لا دليل عليها، وبعضها الآخر لا

---

[1] قضية Duraund، 1945، رقم 47-367، ومجموعة أحكام مجلس الدولة، ص52 وص531.

[2] د. عبد الفتاح حسن: قضاء الإلغاء، ص306.

تبرر قانوناً النتيجة التي انتهى إليها : فإن قرارها يكون مخالفاً القانون واتسم بعيب إساءة استعمال السلطة[1] .

فالمحكمة هنا لم تستخلص عناصر الانحراف أو النية أو غير ذلك من إمارات إثبات هذا العيب وكان عليها أن تكتفي بعيب مخالفة القانون.

وفي حكم آخر لهذه المحكمة اكتفت بالإشارة إلى هذا العيب دون أن تتعدى أسباب وجوده، نقول: لا وجود للدفع بأن منح التراخيص في الاستيراد أو رفضه من إطلاقات الإدارة التي تترخص في تقديرها بدون معقب ما دام المدعي يستند في طلب إلغاء قرارات الحكومة بشأن عدم الترخيص له في استيراد نقاوى البطاطس إلى أنها مشوبة بإساءة استعمال السلطة[2] .

وفي الحكم الآتي ربطت المحكمة بين إساءة استعمال السلطة والخروج على مقتضى الصالح العام، وفي ذلك تقول: وإن كانت السلطة الإدارية غير ملزمة بتجديد الإقامة المؤقتة للأجنبي عند انتهاء مدتها وإن الترخيص له بالإقامة أو عدمه كذلك عن مدة الإقامة هو من المسائل التي تترخص الإدارة في تقديرها بسلطة مطلقة في حدود المال العام، وأنه يجب على الأجنبي مغادرة البلاد مجرد انتهاء مدة إقامته المؤقتة إلا أن مرد ذلك لا تسيء الإدارة استعمال سلطتها التقديرية برفض تمديد إقامة الأجنبي دون مسوغ معقول تقتضيه المحافظة على سيادة الدولة وأمنها وآدابها فإذا كان الثابت أن المدعية لم تطلب مد إقامتها إلا لمدة قصيرة كي تستكمل علاجها من مرض الروماتزم بمياه حلوان المعدنية ولم تكن ثمة خطورة منها على الأمن أو الآداب العامة كان قرار المطعون فيه منافياً

[1] قاعدة 650، س2، مجموعة السنة الثالثة، ص930.

[2] 1947/12/16، ق92، س1، مجموعة السنة الثانية، ص148.

سياسة الحكومة في تشجيع السياح فضلاً عن مقتضيات الإنسانية بما تمليه الرحمة بالمرضى الأمر الذي يجعل القرار بعيداً عن استهداف المصلحة العامة[1] .

وهكذا يتضح أن عدم المعقولية irrùtinabilte هو القيد الذي وضعته محكمة القضاء الإداري على السلطة التقديرية، منسجمة مع النظريات الفقهية[2] .

وقد تستخدم الإدارة سلطتها الضابطة لأغراض أخرى غير الأغراض المتصلة بالأمن العام أو السكينة العامة أو الصحة العامة، وهذا ما يتضح من حكم مجلس الدولة الفرنسي في القرار الصادر عن العمدة بمنع المستحمين على البلاجات من تغيير ملابسهم على البلاج أو الصخور المحيطة أو في محل آخر عدا الكباين الخاصة بالبلاجات التابعة للبلدية.

وننوه بأن القضاء الإداري في مصر اعتنق ذلك بعد تطور في أحكامه وعلى أثر نقد الفقه لأحكامه الأولى[3] .

ومن الأحكام التي تؤكد اعتناقه لهذا الضابط حكم مجلس الدولة المصري الصادر في 1951/14/17 المتضمن: (القرار الذي تتخذه مصلحة النقل برفض طلب الترخيص في تسيير سيارات مبدئياً وقبل أن تجري في شأنه أي بحث، إنما هو

---

[1] 1956/12/18، قاعدة 777، سنة 10، مجموعة السنة الحادية عشرة، ص97.

[2] د. محمد عصفور: مذاهب المحكمة الإدارية العليا في الرقابة والتفسير والابتداع.

[3] د. سليمان الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية، ص80 وما بعدها وقد عرض لتطور القضاء الإداري في مصر حول ذلك وعرض للأحكام الرافضة ثم المؤيدة.

قرار صوري لا ينتج أثراً إذ العبرة هنا بالرفض الموضوعي الذي يبنى على الدرس والتمحيص)[1] .

الرقابة الداخلية على السلطة التقديرية

القيد الثاني على استعمال السلطة التقديرية هو – كما سبق قوله – التعسف في استعمال السلطة.

ومع ذلك فهذه السلطة غير معصومة من رقابة داخلية تتجلى في المظاهر الآتية:

1- الحد الأقصى للمعقولية extrème limite rationnelle: ومؤدى ذلك أن القانون يتطلب من الإدارة ألا تتجاوز في ممارسة هذه السلطة أقصى الحدود المعقولة بهذه السلطة، وهذه الحدود المعقولية تصبح حدوداً قانونية للسلطة التقديرية[2] .

ومن هذا القبيل وصف مجلس الدولة الفرنسي لإجراء بوليس بأنه يتجاوز الحد exeemie حيث اعتبر أن تهديد النظام العام لم يكن من الشدة بحيث كان يسيغ الإجراءات الشديدة التي اتخذت[3] .

وفي مسائل التأديب بحث المجلس ما إذا كانت العقوبة الموقعة يبررها الخطأ الذي ارتكبه الموظف، وأنه إن كان المجلس لا يذهب صراحة إلى تقدير عدم التناسب

---

[1] السنة الخامسة، 877.

[2] د. محمد عصفور: مذاهب المحكمة الإدارية العليا في الرقابة والتفسير والابتداع، القاهرة، المطبعة العالمية، 1957، ص119.

[3] 1933/5/19، قضية Benjamin.

الذي يمكن أن يقوم بين الجزاء وحساسة الخطأ، إلا أن هنالك حالات نموذجية يفحص بها القضاء تجاوز الحدود القصوى للسلطة التقديرية[1].

بيد أن القضاء الإداري المصري ذهب في مجال التأديب شوطاً واسعاً وقد أسماه قضاء الغلو، أو عدم الملاءمة الظاهرة، أو مبدأ تدرج العقوبات[2].

2- والحد الثاني هو مبدأ حسن الإدارة:

"bonne administration ou l،administration convenable".

وهنا أيضاً لا يسلم القضاء بتجاوز الحدود القصوى للإدارة الحسنة، ومن مخالفات هذا المبدأ فضل الموظف القديم بدلاً ممن هو أحدث منه عهداً بالخدمة، أو إذا قامت الإدارة بعد فترة قصيرة بتعيين موظفين جدد بدلاً من إعادة الموظفين المعزولين حديثاً، وإذا هي أعانت موظفاً فصل بسبب إدانته بدلاً من أن تعيد موظفاً أحيل إلى المعاش دون أن يرتكب خطأ.

واعتبر من هذا القبيل أن يحدد المدير يوماً لسوق محلي يطابق نفس اليوم المحدد لسوق آخر في منطقة مجاورة[3].

---

[1] د. محمد عصفور: مذاهب المحكمة الإدارية العليا في الرقابة والتفسير والابتداع، ص119.

[2] مجموعة أحكام المجلس، السنة السابعة، 1953/6/18، ص324، 1953/3/22، ص717، 1953/3/29، ص787، مجموعة الأحكام، السنة 18، ص14، القضية رقم 115، س7، 1953/11/29.

[3] د. سليمان الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية، ص89.

ومن أهم التطبيقات لمبدأ الإدارة الحسنة أن يتطلب من الفرد تضحية لا يستلزمها تطبيق القانون لأنه إذا كان هذا التطبيق يمكن أن يتحقق بإجراء أيسر فالقرار الذي يتطلب من الفرد تضحيات غير مجدية يعتبر قراراً غير سليم[1] .

3- والحد الثالث للسلطة التقديرية – هو مبدأ المساواة، ومؤداه أن الاستعمال غير الموحد لهذه السلطة يشوب القرار الإداري، إذ يجب أن تمارس السلطة التقديرية بطريقة موحدة في جميع الحالات المتشابهة[2] .

ولقد امتدت رقابة القضاء الإداري – في مجال الملاءمة – إلى مجال آخر هو مجال الحريات العامة حيث قيل أن القاضي الإداري هنا هو قاضي الملاءمة judge de l apportunité، لا قاضي مشروعية judge de légalité .

والحقيقة أن القاضي هنا ما زال قاضي مشروعية لا ملاءمة، لأن ملاءمة القرار الإداري في مثل هذه الحالات هي شرط من شروط صحته[3] .

---

[1] د. محمد عصفور: مذاهب المحكمة الإدارية العليا في الرقابة والتفسير والابتداع، ص120.

[2] المرجع السابق، ص120.

[3] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص208.

الرقابة على الملاءمة اختيار وقت إصدار القرار الإداري

عنصر الزمن من أبرز عناصر التقدير في القرارات الإدارية، لا تخضع الإدارة فيه إلا لقيد التعسف والانحراف، بمعنى اختيار الوقت في ذاته هو مسألة موضوعية، يترك تقديرها للإدارة، إلا إذا ثبت أنها كانت مدفوعة في اختيار ذلك الوقت بعوامل لا تمت إلى المصلحة العامة بسبب[1].

وفي هذا المجال تكلم مجلس الدولة الفرنسي عن المدة المعقولية le temp convenable التي تحدد بحسب الظروف وفي كل حالة على حدتها[2].

والأمر نفسه بالنسبة لمجلس الدولة المصري، إذ أوضح أن تراخي الإدارة في إجراء الترقيات لم يكن مبعثه تحقيق مصلحة عامة، بل كان الغرض منه تفويت حق الموظف في الترقية.

لقد أتيح لمحكمة القضاء الإداري في مصر في حكمها الصادر في 1955/11/18 أن تخضع ملاءمة اختيار الزمن لرقابتها في نطاق قضاء الإلغاء[3].

وتتلخص ظروف القضية فيما يلي: حصل أفراد على رخصة إشغال قطعة أرض قضاء بسوق الجملة للخضر والفاكهة لمدينة القاهرة، ونص في البند الثاني منها على الآتي: (بما أن التاجر المذكور قد أقام على الأرض المؤجرة ثلاثة أعمدة من المسلح، فإن الوزارة ترافق على بقاء هذه الأعمدة بصفة مؤقتة ويتعهد التاجر المرخص إليه بألا يزيد عليها شيئاً وله إذا أراد أن يتم البناء بالخشب وعمل

---

[1] د. سليمان الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية، ص92.

[2] ستاسينوبولس: الأعمال الإدارية، ط1954، ص104 و105.

[3] 1954/6/18، السنة8، ص463

السقف من الخشب أيضاً وليس من المسلح، كما يتعهد بأن يزيل ذلك كله على حسابه الخاص فيما إذا رغبت الوزارة في إخلاء الأرض، ثم حدث بعد ذلك أن أقام المدعى سقفاً من المسلح على الثلاثة أعمدة المشار إليها فأصدرت الوزارة قراراً بإزالة هذا السقف، فلما طعن المرخص له في القرار السابق، قضت المحكمة بإلغائه مقررة أنه:.. بالرغم من أن المدعى قد خالف شروط الرخصة بإقامة السقف من المسلح، إلا أنه ما دامت الوزارة لم تكشف عن وجه المصلحة في إزالة هذا السقف ولا الخطر الحال الذي يبرره التعجل في طلب إزالته، في حين أن من شروط الرخصة أن يزيل المدعى كافة ما أقامه عند انتهائها، ولم تنه الوزارة الرخصة بل أبقت عليها فاقتصرت على طلب إزالة السقف، فإنها بذلك حين استعملت حقها في طلب إزالة السقف مع إبقائها على الرخصة، تكون قد اختارت وقتاً غير ملائم مما يكشف عن تعسف منها في استعمال هذا الحل. ومن ثم يكون القرار المطعون فيه لا يستند إلى أساس صحيح)[1].

فالقرار هنا قد ألغي لعيب التعسف (الانحراف) ولكن استناداً إلى أن الإدارة قد اختارت وقتاً غير ملائم، في حين اختيار الوقت الملائم هو من صميم عمل الإدارة حتى يقوم دليل التعسف.

---

[1] ولقد انتقد الدكتور الطماوي هذا الحكم فقط فيما يتعلق باستعمال عبارة (التعسف في استعمال الحق) وقال أن هذه العبارة تستعمل في مجال قضاء التعويض لا قضاء الإلغاء، انظر كتابه القرارات الإدارية، ص945.

القاعدة العامة كما رأينا ما زالت تحظر على القضاء التعرض للجوانب التقديري في القرارات الإدارية، وإن كان مجلس الدولة الفرنسي الحديث نسبياً قد مد رقابته إلى كيفية ممارسة السلطة التقديرية في مجال التعويض ومن مظاهر ذلك:

1- الحكم بالتعويض بسبب تراخي الإدارة باتخاذ القرار:

لقد ذكرنا أن تقدير الوقت المناسب لاتخاذ القرار من أبرز مظاهر السلطة التقديرية، ومن ذلك فإن مجلس الدولة الفرنسي حكم على الإدارة بالتعويض لتراخيها في اتخاذ قرار بتسليم أحد الأفراد ترخيصاً بالبناء[1].

كما أن مجلس الدولة عدة أحكام بهذا الخصوص في مجال الضبط الإداري وستشير إلى هذه الأحكام في المستقبل.

2-الحكم على الإدارة بالتعويض بسبب تعجلها في اتخاذ القرار:

وأشهر مثال على ذلك في حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 1929/11/22 والذي يتلخص فيما يلي: نظم القانون الفرنسي طريقة استغلال مناجم الذهب في إحدى المستعمرات، وقضى بأن يحتفظ باستغلال الطبقات العليا أهالي تلك المستعمرة، على أن يكون للشركات حق استغلال الطبقات السفلى التي لا يصل إليها الأهالي بوسائلهم البدائية، على أن يكون لحاكم المستعمرة حق منح وسحب رخص الاستغلال، وحدث أن اعتدت شركة سيجري على الطبقات المخصصة للأهالي، وتم ذلك بعلم الإدارة، ولكنها تركتها تستغل ذلك، ثم فاجأتها بدون سابق إنذار، بأمر يتضمن وقف هذا الاستغلال غير المشروع، ولذلك لم يلغ

[1] د. الطماوي: القضاء الإداري رقابته الأعمال الإدارية، ط3.

مجلس الدولة القرار السابق، ولكنه حكم بالتعويض عنه بناء على أن الإدارة قد أساءت اختيار وقت تدخلها، فتعجلت في اتخاذ قرار بالرغم من أن أحداً من الأهلين لم يطلب وقف استغلال الشركة[1].

نظرية التعسف في استعمال الحقوق الإدارية

ولقد مد القضاء الفرنسي رقابته على التقدير في ذاته، وإلى مجالات أخرى مثل مجال التأديب[2]، وبالذات إلى ملاءمة الجزاءات التأديبية، وقد قلنا سابقاً إلى أن القضاء المصري أدخل ذلك ضمن إطار قضاء الإلغاء.

والأمر نفسه بالنسبة لحكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 1935/6/21، فيما يتعلق باتخاذ الإدارة إجراءات عنيفة في سبيل تحميل بعض الضرائب من أحد المواطنين حسني الية مما أدى إلى إفلاسه[3].

وعلى هذا الأساس هذه الأحكام، ومثلها معها من أحكام شاد بعض الفقهاء، وعلى رأسهم الفقيه "روجر بونار" نظرية التعسف في استعمال الحقوق الإدارية l.abus des droits administratifs

لتقف بجوار نظرية الانحراف بالسلطة le détournement de pouvoir ذلك أن نظرية الانحراف مجالها قضاء الإلغاء، ويقتصر دور الفقهاء فيها على مراقبة الحدود الخارجية للسلطة التقديرية وعي الأغراض والأهداف.

أما نظرية التعسف فمجالها قضاء التعويض، وتقوم على الرقابة على العناصر الداخلية للسلطة التقديرية، إذ القضاء يحاسب الإدارة على لتأخير في إصدار

---

[1] قضية: Compu gnie des mines de Siguiri.

[2] حكمه الصادر في 1913/6/20، قضية مارك، ص709.

[3] قضية Barnegrat، داللوز، سنة 1936، القسم الثالث، ص65 مع تعليق تروتابا.

القرار وعلى إصداره فجأة وعلى إصدار قرارات إدارية غير ذات فائدة أو شديدة القسوةtrop severs[1].

مبررات الرقابة على السلطة التقديرية

وننوه استطراداً بأن السلطة التقديرية تعتبر الباب الواسع في منح الرخصة الإدارية على اعتبار أن هذا المنح إنما يتم غالباً بهذه الأداة القانونية، ولهذا فقد كان حرصنا الشديد للتعرض إلى هذه الظاهرة القانونية، ودراستها وفق طبيعتها الذاتية وبصورة مستقلة نسبياً عن موضوع الرخصة أي بصورة غير مباشرة، وإن التأثير غير المباشر واضح وملموس، وبالتالي فإن منح أية رخصة على حمولة السلطة التقديرية، هذا الأمر لا يتم بصورة سليمة إلا على أساس الإحاطة الكاملة بخصائص هذه الظاهرة.

وندلل استطراداً بأننا استقينا مادة هذا البحث من الفقيه اليوناني "ستاسينوبولس" بل كنا «ولأهمية الموضوع» حريصين كل الحرص على ترجمة هذا الموضوع من مصدره بالفرنسية ونقله حرفياً إلى العربية[2].

يرى هذا الفقيه أن الرقابة على السلطة التقديرية لم تكن موضع تناول النصوص القانونية، ومع ذلك فالبحث عن الأسس القانونية لهذه السلطة هو في حد ذاته مسألة من المسائل.

---

[1] د. سليمان الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية، ص98.

[2] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص166 وما بعدها.

أ- في الاجتهاد القضائي:

إن اجتهاد المحاكم الإدارية في ألمانيا غني جداً، وينطوي على حلول متميزة.

وحقيقة الأمر أن كون جهة الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية في منح رخصة إقامة مصانع، هذه الحقيقة لا تمنع المحكمة من بسط الرقابة على هذه السلطة، فيما إذا مورست حسب واجبات المرفق selon le devior de serrée.

هنالك اجتهاد مستقر أرسى المبدأ المتضمن أن سلطة الإدارة التقديرية لا تنطوي على التحكم arbitra أو على الحرية المحض، وإنما تجد هذه السلطة حدها في الواجب الملقى على عاتق كل جهة إدارية بأن تأخذ بعين الاعتبار حاجات المواطنين، وأن تجنب قدر الإمكان الأفراد من الأضرار.

حتى ولو كان تقدير الإدارة لا يخضع للرقابة الموضوعية، فالقاضي يستطيع أن يفحص ما إذا كان التقدير قد مورس في حدود القانون، وأنه لم يقم على أسباب خاطئة، ويمكننا أن نتخلص «تبعاً لاطراد القضاء» الرأي المتضمن أن المصلحة العامة ذات الطبيعة القانونية، تقوم على عناصر موضوعية لا ذاتية أو تقديرية.

وأخيراً فاجتهاد المحكمة الإدارية العليا في ألمانيا الذي كان موضوع تحليل الفقهاء Brantzin،faum،tzner هذا الاجتهاد هجر المبادئ القديمة التي كانت قد كرست منذ زمن بعيد والمتضمنة أن هنالك مجالاً للرقابة إذا كان هنالك ضرورة لشق شارع جديد أو إذا كان إجراء البوليس محمولاً على مبررات المصلحة العامة أو إذا أن كانت الإدارة التي نطقت بالاستملاك قد اختارت عقاراً ذا قيمة عليا بينما الهدف من الاستملاك يتحقق في عقار أقل كلفة، وأخيراً إذا كانت السلطة التقديرية قد مورست دون سبب قانوني أو بصورة تتعارض مع مبدأ الشرعية.

ب- اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي:

ولقد التمس هذا المجلس عدة وثائق للرقابة على مادية الواقع materialité des fùits التي تحرت عنها الإدارة.

وعلى هذا الأساس فهو يبطل باستمرار القرار الإداري إذا ما اعتمد على سبب خطأ[1]، وقريب من ذلك وفيما يتصل بمادة substance السلطة التقديرية الحكم الذي أبطل استبعاد مرشحين حيث حمل قرار الإدارة على سابقة في مناقشة مماثلة.

ومن ذلك أيضاً القرار المتضمن تسريح موظف دون فحص مسبق إذا افترضت الإدارة عدم أهليته معتمدة في ذلك على كونه في السبعين من العمر ولا يحتاج إلى إجراء اختبار طبي على حالته الجسمية.

ففي هذه الحالات مارس مجلس الدولة صلاحيته في الرقابة على تلك القرارات التي لم تتوفر فيها الممارسة السليمة للسلطة التقديرية.

وإضافة إلى ذلك يجب أن نضيف قضية gomel المشهورة المتعلقة بالرقابة على إجراءات حماية المحلات الأثرية[2].

وهنالك حكم آخر حديث فحص مجلس الدولة الفرنسي ما إذا كان هنالك وجه شبه بين لعبة الروليت وبين اللعب في الكرة الكبيرة المسماة[3] lu boule ولقد بسط

---

[1] C.E،23 Mars,1827،chumpeux,27Janrier,1927,lu furgue.

[2] C.E،4 Avril,1914,gomel.

[3] C.E,20, Juillet, 1943.

أيضاً هذا المجلس رئاسته على السلطة التقديرية بصدد تكييف سلوك الموظف بأنها مخالفة للأخلاق[1].

كما نجد هذه الرقابة على سلطة الوزير بإيقاف جدول بأسماء أشخاص مقبولين في التقدم إلى مسابقة، وقد بنى قرار الإيقاف على أسباب مستمدة من المصلحة العامة[2].

أما مجلس الدولة اليوناني، فنجد له عدة أمثلة على الرقابة من ذلك الرقابة على الخطأ في الواقع، أو على التكييف الخاطئ، أو على الأسباب القائمة على الخطأ أو على الأسباب غير الكافية ne suffissants أو على تجاوز الحدود القصوى limites extrèmes للسلطة التقديرية، أو على تجاوز مبدأ المشروعية.

كل هذه الأحكام والمبادئ مستقاة من المبدأ العام المتضمن ضرورة ممارسة السلطة التقديرية على ضوء مصلحة المرفق ووفقاً لمقتضيات الإدارة العادلة fonctionnant morfnulem، والسير العادي للمرفق.

ولقد ترددت هذه الصيغة الأخيرة لدى مجلس الدولة اليوناني بصورة دائمة ومستقرة.

---

[1] C.E,30,ae،1938,Dùuphrn.

[2] C.E,4,Mai,1948,connet,s.3،23.

في القانون الوضعي

يتساءل الفقيه "ستاسينوبولس" قائلاً: ((إن المبادئ المذكورة أعلاه مؤسسة على القانون الوضعي))؟.

لقد حدد القانون الصادر في اليونان بشأن تنظيم اختصاص مجلس الدولة، حدد بصورة دقيقة طرق إبطال القرار الإداري (عدم الاختصاص – عيب الشكل – مخالفة القانون – الانحراف في استعمال السلطة)، لكن هذا القانون لم يتكلم عن الخطأ في الواقع أو عن الممارسة المعيبة للسلطة التقديرية والأمر نفسه بالنسبة لمجلس الدولة الفرنسي[1].

وعلى النقيض من ذلك، فقانون تنظيم المحاكم البروسية الصادر عام 1833 لم يحتفظ بالصمت حول ذلك، أما القانون الإداري البروسي الصادر عام 1833 فقد تتضمن أن القاضي الإداري يستطيع بسط رقابته على القرار في حال كونه مخالفاً للقانون أو منتهكاً للحقوق المكتسبة.

وبالنسبة لقانون بافاريا الصادر عام 1878 وقانون thuring الصادر عام 1926 فقد تضمنا أن كل طعن معرض للرفض إذا ما اتخذ بناء على التقدير الحر للإدارة la libre appreciation de l autorite،.

وفيما يتعلق بقانون هامبورغ الصادر عام 1921 فقد نص عدم جواز إشارة الطعن كوسيلة لإبطال تقدير الوقائعl appreciation des fuits،dans.

---

[1] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص169.

أما قانون sare، فقد تتضمن أن التحقيق في الوقائع. comtalation de fuits يخضع لرقابة المحكمة الإدارية إذا كان ذلك مؤثراً في النتيجة القانونية للقرار.

وأخيراً فالدستور الألماني الجديد الصادر عام 925 تضمن أن القاضي لا يستطيع بسط الرقابة على القرار في إطار السلطة التقديرية للإدارة، ولكنه يستطيع ذلك إذا كان التقدير قد مورس بما يتعارض مع روح القانون، esprit de la loi.

في الفقه

1-الفقه الألماني: وعلى حد رأي الفقيه "جيليتيك"، فالعيوب التي تنال من ممارسة السلطة التقديرية هي:

أ- وقوع إهمال إبان ممارسة هذه السلطة (خلو القرار من الأسباب).

ب- جهل بعض الاعتبارات المفروضة بالقانون (عدم الأخذ بعين الاعتبار دفاع صاحب العلاقة).

ت- المحايدة.

هذا الفقيه يعتقد أن هذه العيوب تشبه عيوب الشكل forme أو الإجراء procedure ومع ذلك، وكما قلنا فإن الرقابة هنا على السلطة التقديرية لا تتعلق بالأشكال وإنما ترتبط بحدود ممارسة هذه السلطة، أي بماديتها وموضوعها .

2- وحسب رأي الفقيه Scheuner، ليس هنالك عيب أو بطلان يمس ممارسة السلطة التقديرية.

ذلك أنه إذا كان القانون يمنح هذه السلطة فهذا يعني أن القرار المتعلق بممارستها لا تتجاوز أي قيد قانوني، كل ما هنالك أن هذا القرار يحل محل القانون.

وبمعنى أوضح فمفهوم (القيود على السلطة التقديرية) ينطوي في ذاته على تعارض.

وفي النتيجة فالاعتداء على هذه القيود لا يشكل عيباً خاصاً يقترن بالقرار، ومن ثم فهذا القرار يعتبر باطلاً عندما يعتدي على نص معين، يضع القيود على الإدارة، ونحن في هذه المثابة أمام اعتداء على القانون[1].

ولعل نقطة الضعف في هذا الرأي الاعتقاد بأن السلطة التقديرية محررة من كل قيد، في حين أن القانون الذي يمنح هذه السلطة يفتح عينيه على ممارستها، وهذا يعني أنه لا يمكن ممارستها بصورة تحكيمية ومحررة من أية رقابة[2].

3- ويعتمد الفقيه Tzner بأن كل ذي علاقة يملك في مواجهة السلطة التقديرية حق الادعاء وهذا الحق شبه حق عام ذاتي droit public subjectif .

---

[1] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص170.

[2] المرجع السابق، ص170.

وهـذا يعـني أنـه إذا مورسـت السـلطة التقديريـة بشـكل غـير سـليم فهـذه الممارسة تعتبر انتهاكاً لحق شخصي droit subjectif، وهذا ما يعني أن لصاحب العلاقة حق الادعاء لإبطال القرار.

4- مدرسة كلسلي (تشكيل الأعمال القانونية على درجات)، تـرى أن كافة أعمال الدولـة لا تختلـف إلا مـن الناحيـة الكميـة، ومـن ثـم فكل مـن هـذه الأعمـال تعتـبر تخصيصاً لا لمبدأ أعلى وهذا التخصيص لا يتم إلا بقدر متيقن من الحرية.

ولكن عيب هـذه النظريـة أنها تخلـط بـين أعمال الدولـة أي تماثـل أعمـال السـلطة التنفيذية بأعمال السلطة القضائية[1].

الفقه الفرنسي

لقد برر هذا الفقه الرقابة في الحالات الآتية:

1-الرقابة لا تبحث إلا التحقق من وجود الأسباب وقيمتها القانونية، ومن ثم فإن تخلف ذلك يسير الأساس القانوني، وبالنتيجة يحرر الإدارة من اختصاصها[2].

هـذا ويجـب أن نشـير إلى أن اسـتبدال الرقابـة علـى ممارسـة السـلطة التقديريـة بالرقابـة علـى الخطـأ في الواقـع والـنص علـى الخطـأ في تقـدير القيمـة القانونيـة للأسباب fùusse appreciation de la valeur juridique des motifs،

[1] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص171.

[2] المرجع السابق، ص172.

هـذا الخضـوع الخـاطئ للوقـائع علـى القاعـدة القانونيـة لا يسـاهم في توضـيح القضية[1].

2- وهنالـــك عنصـــر جديـــد دلـــل بنظريـــة الأخـــلاق الإداريـــة administrative la moralité فهذه النظرية غير مؤسسة على نحو قانوني، وإن كانـت تشـكل قيـداً مسـتقلاً علـى السـلطة التقديريـة، بحجـة أن الأخـلاق الاجتماعية قيداً على أعمال الأفراد.

وحقيقة الأمر أن مفهوم الأخلاقية الإدارية هـو مفهوم غـامض إذ منـذ اللحظـة التي يعتبر القاضي تصرف الإدارة يخضع إلى قيود الأخلاقية، منذ ذلك لا يمكن أن تعتبر هـذه القيـود إلا قيـوداً قانونيـة ومـن ثـم فالرقابـة عليهـا هـي رقابـة علـى قواعـد قانونية.

لكن كيف تتحول قواعد الأخلاق إلى قواعد قانونية؟.

هــذا التحــول لا يمكــن أن يــتم إلا إذا اعتبرنــا الأخلاقيــة الإداريــة كمؤسســة institution بالمعنى المقصود من هذه العبارة حسب نظرية هوريو التي أشرنا إلى الجانب الميتافيزيقي منها[2].

وفي النهاية فالقاضي ليس عليه أن يهتم إلا بمفاهيم تتعلق بالشرعية الناشئة على سبيل الحصر من القاعدة الوضعية[3].

---

[1] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص172.

[2] المرجع السابق، ص172.

[3] المرجع السابق، ص173.

والشـيء البـارز في القفـه الفرنسـي هـو ذلـك الاتجـاه الـذي يخضـع الرقابـة المتعلقة بممارسـة السلطة التقديريـة للشـرعية، كل ذلـك كـي يصـون بصـورة كاملـة طبيعة مجلس الدولة بصفته قاضي الشرعية[1].

3- الحـل المقـترح: يجـب البحـث هـن هـذا الحـل في مبـدأ الشـرعية الـذي كرمـه الدسـتور سـواء فيمـا احـتفظ بـه للقـانون (الشـرعية بـالمعنى الضـيق)، أو بوسـيلة الفضل بين السلطات (الشرعي بالمعنى الواسـع)، وسـواء عـن طريـق تقـديم الطعـن بالإلغاء لتجاوز القانون المنصوص عنه في القانون.

وينتج من هذه النصوص الدستورية بأن كل عمل إداري يجـب أن يتفـق مـع القـانون conforme á la loi، والقرار التقديري لا يمكن أن يتحلل من هـذا الالتـزام، ولا يستطيع أن يتجاوز حدود القانون المضيقة أو الموسعة حسـب الظـروف، ومـن ثـم لا يمكن أن تتواجد الإدارة أبداً في مجال التحكم.

إن المبدأ الدستوري المتضمن أن القرار الإداري يخضع لقانون هذا المبـدأ يلزمنـا أن تتحرى عن الحدود المحددة منه، حتى ولو لم تكـن مفروضـة بصـورة رسميـة[2]، وأن تجاوز هذه الحدود يعني انتهاك القانون.

وهكذا فإن مبدأ الشرعية يحدونا إلى إكمال القوانين التي تمنح السـلطة التقديريـة وتصبح مصدراً لقيود مفروضة بصورة مستقرة من قبل القضاء[3].

هـذا المفهـوم الموسـع لتجـاوز القـانون يمكـن تبسـيطه بقولنـا أن بـين وسـائل إبطـال التصرفات الإدارية، هنالـك عيـب الانحـراف بالسـلطة الـذي لـيس شـيئاً إلا تجـاوز

---

[1] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص173.

[2] المرجع السابق، ص173.

[3] المرجع السابق، ص173.

الحدود المفروضة ضمناً بالقانون على السلطة التقديرية فيما يتعلق بالهدف المتبقى من القرار، وهذا هو مبدأ جواز قبول الحجة بأن المشرع لا يقبل مبدئياً بأن ممارسة السلطة التقديرية معصومة عن كل رقابة قضائية[1].

الطبيعة القانونية للقواعد
التي تضع القيود على السلطة التقديرية

هذه القواعد تنتمي إلى مجموعة المبادئ العامة التي وإن لم تنته إلى نص مربع فهي وليدة التفسير المستمد من روح النصوص الإدارية، ومن ثم يجب أن تعتبر كقواعد مكتوبة وليست قواعد عرفية أو تتعلق بالقانون الطبيعي[2]، ومن جهة أخرى، فهي لا تتسم بالسمة الداخلية، إذ ليس هدفها تحديد واجبات الموظفين.
وعلى هذا فإذا ما اتسمت بهذه السمة، فإن تجاوزها لا يمكن أن يرتب إلا المسؤولية الشخصية للموظف المصدر للقرار، ولا تؤدي إلى البطلان وفي مثل هذا الافتراض فهنالك تداخل واختلاط بين القواعد التأديبية والقواعد المتعلقة بشرعية القرارات الإدارية[3].

هذا ومن الضروري أن تقتنع بأن القواعد التي تقيد السلطة التقديرية هي قواعد بالمعنى القانوني perfecte leges وبالتالي فإن تجاوزها لا يرتب فحسب مسؤولية الموظف بل بطلان القرار.

---

[1] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص173.
[2] المرجع السابق، ص173.
[3] المرجع السابق، ص174.

وعلى سبيل المثال فلو افترضنا أن القانون نص على أن الترقية بالاختيار تكون مسببة، فهنا نواجه قاعدة تضع قيداً على السلطة التقديرية.

وهذه القاعدة لا تخاطب فقط السلطة المختصة بإصدار القرار، بل صاحب المصلحة الذي يستطيع إبطال الترفيع المجرد من أسبابه القانونية[1].

[1] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص174.

التميز بين الرقابة على التكييف القانوني للوقائع وبين الرقابة على السلطة التقديرية للإدارة

1-توسع القضاء في مجموعة catégorie المفاهيم القانونية:

لا شك أن قرارات الإدارة تخضع للرقابة القضائية لجهة التكييف القانوني للوقائع qualification juridique وقد يصدف أن يتضمن القانون أن تسيير مؤسسة مقلقة للراحة uncommode محظور أو أن منح رخصة لصيدلية غير جائز إلا إذا عملت هذه الصيدلية في منطقة نائيةijolée .

هنا يتساءل القاضي فيما إذا كان القانون يحيل إلى معطيات التجربة العامة experience,l أم إلى السلطة التقديرية.

ففي الحال الأولى نحن حيال تكييف قانوني يخضع للرقابة القضائية والعكس بالنسبة للحال الثانية[1].

وحقيقة الأمر أن مجلس الدولة الفرنسي اعتبر هذه المفاهيم مفاهيم قانونية وأخضعها للرقابة، أي أحل رقابته محل رقابة الإدارة[2].

على هذا الأساس فقد أخضع لرقابته الأمور الآتية:

---

[1] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص185.

[2] المرجع السابق، ص185.

- الترخيص بإقامة مصنع وما إذا كان مقلقاً للراحة.
- إذا كانت المنطقة التي رخصت بها الصيدلية نائية.
- أما إذا كانت المحاكاة في الشكل forme أو اللون يعتبر تقليداً لنموذج صناعي marque.
- إذا كانت المعلومات المعطاة للبوليس تشكل dénnotation شكوى فعالة.
- إذا كان النقد الموجه ضد القانون المنشور في الجريدة بتوقيع موظف هذا النقد يعتبر دراسة علمية مسموحاً بها، أم هو موضوع جدالي polenitque محظور.

هذا الاتجاه القضائي يعني دوراً كبيراً لمجموعة المفاهيم القانونية notions juridiques بالمعنى الموسع، حيث يضيف إلى هذه المفاهيم، مفاهيم تبدو للوهلة الأولى أنها تدخل في نطاق السلطة التقديرية للإدارة[1].

ويمكن القول أن القضاء الإداري ضيق من حيث النتيجة إطار السلطة التقديرية وذلك من خلال توسعه في الرقابة على التكييف القانوني[2].

وبيان ذلك أن مجلس الدولة لم يمارس «في الحالات السالفة الذكر» بالمعنى الدقيق لكلمة الرقابة على تجاوز السلطة التقليدية التي رفض الرقابة عليها وإنما

---

[1] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص186.

[2] المرجع السابق، ص186.

مارس الرقابة على تصرف الإدارة المقيد بالمفاهيم القانونية، حيث أن هذا التعبير يتيح إمكان الرقابة القضائية[1].

وحيث أن القاضي يعتبر عدواً في الجماعة الاجتماعية، فهو يستطيع أن يستخدم معلوماته الشخصية للتوصل إلى المعنى الحقيقي للمفهوم (دراسة علمية، منطقة نائية، شكوى فعالة، مؤسسة مقلقة للراحة...الخ).

والقاضي بعمله هذا يحل محل عدو الإدارة، وعمله هذا لا يعتبر إلا رقابة على الشرعية، ولا يشكل بالتالي ظاهرة ازدواج الإدارة double administration أو ظاهرة إدارة ضلت عن هدفها[2].

هذه الظاهرة غير المقبولة بشكل واضح تحدث إذا كانت الرقابة اعتبرت على أنها سلطت على السلطة التقديرية[3].

وهكذا علينا أن نسلم أنه في الحالات المشار إليها، فإن مجلس الدولة لم يمارس رقابته على السلطة التقديرية، ولكنه رفض بكل بساطة قيام مثل تلك السلطة موسعاً في الوقت نفسه مجال المفاهيم القانونية بالمعنى الموسع[4].

---

[1] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص186.

[2] المرجع السابق، ص186.

[3] المرجع السابق، ص186.

[4] المرجع السابق، ص186.

2- مجلس الدولة يندفع بعيداً في التوسع في المفاهيم القانونية:
ولنبتدئ بمفهوم المصلحة العامة ثم مفهوم النظام العام، فقد اعتبر هذان المفهومان ينتميان إلى مجموعة المفاهيم القانونية.
بيد أنه توجد حالات عدة يختلط فيها الأمر ويصعب التمييز الدقيق بين التكييف القانوني والسلطة التقديرية.

فعلى سبيل المثال تضمن قانون البلديات اليوناني أن مجلس الوزراء يستطيع أن يوقف العمدة المنتخب لأسباب خطيرة تتصل بالمصلحة العامة intêrèt génèral،des raisans graves أو النظام العام.

وباستطاعتنا أن نتصور بأن القانون في امتناعه عن تحديد هذا المفهوم ترك هذه المهمة للسلطة التقديرية لمجلس الوزراء، تلك السلطة التي لا يمكن أن تكون موضع رقابة.

وهذا بالفعل حل معقول لأن مفهوماً مثل مفهوم (لأسباب خطيرة تتصل بالنظام العام أو المصلحة العامة) يتضمن بالضرورة بعض المرونة في التقدير، ولا يمكن تحديده إلا بمساهمة عناصر ذاتية تختلف من شخص لآخر تبعاً للحالة المطروحة، وهذا هو السبب الذي اعتبرت بموجبه هذه المفاهيم تنطوي على قيام السلطة التقديرية[1].

ولكن الاجتهاد القضائي juris prudence رأى أنها محمولة على مفهوم قانوني بالمعنى الموسع lato sensu أي أنها تخضع بصورة كاملة للسلطة التقديرية.

---

[1] حكم مجلس الدولة اليوناني، رقم 69 لعام 1932، ورقم 1005 لعام 1933، ورقم 1202 لعام 1934، ورقم 307 لعام 1935.

ولقد استظهر مجلس الدولة ما إذا كانت الوقائع المادية موضع الاتهام تشكل حقيقة ارتكاباً خطيراً لمخالفة النظام العام أو المصلحة العامة، ولهذا السبب فقد أبطل قرار مجلس الوزراء على اعتبار أن تصرفات العمدة لا تشكل هذا السبب (المخالفة الجسيمة)[1].

ولقد استظهر مجلس الدولة اليوناني أيضاً ما إذا كانت تصرفات الأجنبي تشكل سبباً يتصل بالمصلحة الاجتماعيةintêrèt social، raison d، الأمر الذي يبرر طرده وفقاً للقانون[2].

والأمر نفسه بالنسبة لاستظهاره ما إذا كان عرض صحيفة على الرأي العام وتوزيعها في الطرق العامة، هذا الأمر يشكل خطراً على النظام العام يبرر الحظر.

ولقد كان هذا الاجتهاد الأخير موضع نقد الفقيه Tezner الذي رأى أن كافة المفاهيم العامة هي مفاهيم قانونية، وأكد أن ممارسة مهمة العدل الإداري بصورة فعالة، وهذا الأمر يقتضي إجراء رقابة على ذلك لحسم مضمون القرار أي لحسم موضوعه fond.

ومع ذلك فالاجتهاد القضائي خرج على القضاء السابق، إذ أقر مبدئياً أن هذه المجموعة categorie من المفاهيم من متعلقات السلطة التقديرية، وبالنتيجة فهي لا تخضع للرقابة القضائية[1].

---

[1] حكمه الصادر برقم 602، لعام 1936.

[2] حكم مجلس الدولة اليوناني رقم 902، لعام 1936.

ومع ذلك فقد بحث هذا الاجتهاد عن سبب خاص يسمح له بإخضاع هذه المفاهيم لرقابته بصورة استثنائية.

ولقد وجد ضالته بأن هذا السبب يكمن في السمة الاستثنائية للنص المطبق.

وتأسياً على ما تقدم فإن نص القانون البلدي الذي يسمح بتوقيف العمدة لأسباب تتصل بالصالح العام أو النظام العام، هذا النص مستثنى من المبدأ العام الذي رسمه الدستور والقوانين الإدارية المتعلقة باختصاص البلدية، والأمر نفسه بالنسبة لطرد الأجنبي الذي يعتبر خرقاً للمبدأ العام المتعلق بالحريات الفردية المكرسة بالدستور[2].

وبالطبع فهذه النصوص الاستثنائية التي تنتصب ضدها قرائن متضمنة في المبادئ العامة، هذه النصوص يجب أن تطبق على سبيل التقيد والدقة[3].

ومع ذلك فالوسيلة الفعالة جداً لضمان هذا التطبيق تكمن في الخضوع لرقابة القضاء الذي يسمو رأيه على رأي الإدارة، ومن ثم فهو الضمان لحماية الحقوق المكرسة في الدستور[4].

ومجلس الدولة في الحالتين المشار إليهما لا ينتقد السلطة التقديرية ولكنه في نكرانها لا يراقب صيغة ممارسة هذه السلطة، وإن كان ينقص من حالات قبولها.

---

[1] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص188.

[2] حكم مجلس الدولة اليوناني رقم 602، لعام1936.

[3] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص188.

[4] المرجع السابق، ص188.

وقد ألغت المحاكم الإدارية الألمانية في حالات مماثلة إجراء ضبطياً مقرره: لا يوجد في الحقيقة سبب موضوعي لإجراء ضبطي.

ويرى بعض الفقهاء أنه يمكننا أن نجد في هذا الاجتهاد نوعاً من الرقابة على الحدود الخارجية des limites exterieures للسلطة التقديرية، ومن ثم يمكن أن تطلق عليها اسم الرقابة غير الحقيقية controle non veritable على السلطة التقديرية[1].

ويرى "ستاسينوبولس" أن هذا الرأي الأخير غير محمول على أساس، ومن ثم فالقاضي في مثل هذه الحال لا يقوم إلا باستبعاد السلطة ولا يمارس إلا الرقابة على الشرعية[2].

3- ألا يوجد معيار يمكننا من التمييز بين المفاهيم القانونية وبين المفاهيم التي تنتمي للسلطة التقديرية، يمكننا أن نتساءل كيف استطاع مجلس الدولة التمييز بين التكييف القانوني للوقائع الذي يخضع لرقابة الشرعية وبين السلطة التقديرية التي لا تخضع لذلك[3].

وحقيقة الأمر إذا ما تعاملنا مع الحالات التي سبق ذكرها «وهي حالات قليلة» فالاجتهاد القضائي يبدو لا يقر بوجود مثل هذا المعيار.

---

[1] هذا هو رأي بوهلر دفالين وقد عرض لهذا الرأي ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص188.

[2] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص188.

[3] المرجع السابق، ص188.

لنفترض أن الاجتهاد القضائي تبنى كمعيار معطيات التجربة العامة مستبعداً فقد من إطار السلطة التقديرية المفاهيم التي أقرها الرأي العام بصورة موحدة ومستقرة.

وبيان ذلك أن التجربة العامة لا تستطيع أن تعطين حلاً حاسماً لمتعلقات المصلحة العامة أو النظام العام التي سبق ذكرها والتي استبعدها القضاء من إطار السلطة التقديرية، وهذا يعني أن القضاء لم يتبين هذا المعيار[1].

وحقيقة الأمر أن مثل هذا المعيار غير موجود أبداً والسلطة التقديرية تنبثق مبدئياً من إرادة المشرع الذي يتخلى للإدارة عن مهمة تحديد مضمون مفهوم ما، وإن مسألة معرفة ما إذا كانت السلطة التقديرية في قضية ماموجودة أم لا، هذه المسألة تتعلق بتفسير القانون على ضوء قواعد التفسير العامة[2].

وبتطبيق هذه القواعد، فقد أقر الاجتهاد القضائي وجود سلطة تقديرية في الأحوال الآتية[3]:

- قرارات المجالس المحلية بطرد شخص لأسباب تتعلق بالسلامة العامة.
- قرارات الخطة التنظيمية alignement المتخذة من أجل حماية المصلحة العامة.
- القرارات المتخذة من أجل حماية الاقتصاد وجمال الرواء...الخ.
- القرارات المتعلقة بالشؤون العامة للضبط الإداري.
- المراسيم المتعلقة بمنح الجنسية.
- قرارات التأديب بصورة عامة.
- قرارات الترفيه بالاختيار بصورة عامة.

---

[1] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص188.

[2] المرجع السابق، ص189.

[3] المرجع السابق، ص189.

- قبول الاشتراك في مسابقات الوظيفة.
- القرارات المتعلقة بتعيين الموظفين المؤقتين أو منحهم الإدارات.
- قرارات الاستملاك من أجل النفع العام.

موضوع الاختصاص الفني

والسؤال المطروح هنا: إلى أية مجموعة نضيف حالة تعذر تطبيق القانون دون التعويل على الخبرة الفنية.

من الناحية النظرية الصرف إذا كان القانون أحال إلى التجربة العامة،experience commune.فهذه الحال لا تختلف عن الحال التي يحيل فيها القانون إلى المعرفة الفنية للمتخصصين وعلى هذا فإن إرادة القانون التي تقضي بأن مفهوماً ما كهذا المفهوم يخضع للرقابة ويتحدد بها، هذه الإرادة يجب أن تحترم في الحالتين ومن ثم فالتكييف القانوني للوقائع يجب أن يخضع للرقابة في الحالتين الآنفي الذكر[1].

والقاضي يرتكب الخطأ إذا امتنع عن إجراء الرقابة بحجة نقص المعلومات الخاصة أو الفنية[2].

بيد أنه من وجهة النظر العملية، فالرقابة على التكييف القانوني التي تتم بالاعتماد على المعرفة الخاصة، هذه الرقابة لا يمكن أن تتم إلا مع التحفظ[3].

---

[1] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص189.

[2] المرجع السابق، ص189.

[3] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص189.

وفي الحقيقة إذا كان القاضي لا يملك المعرفة الفنية، فهنا يجد نفسه في استحالة إحلال رأيه محل جهة الإدارة وبالتالي كيف يمكن الاقتناع بأن التجربة الفنية لشخص ثالث «وليكن الخبير على سبيل المثال» تقدم لنا نتيجة تفوق عدلاً ما قدمته الإدارة الفنية المختصة[1].

وبالعكس إذا كان تفسير نص ما يؤكد بأن القانون منح «بصورة نسبية» السلطة التقديرية إلى المعرفة الفنية، فهذه السلطة لا يمكن أن تكون موضوعاً لرقابة موضوعية بأية حال من الأحوال[2].

وهنالك سبب قانوني لا عملي يجعل من المستحيل إجراء مثل تلك الرقابة، وهذا السبب هو قيام السلطة التقديرية نفسها[3].

ومع ذلك ومن الناحية النظرية، لا توجد مجموعة categorie خاصة من القرارات المتولدة عن التقدير إذ الاختصاص الفني opperation ou competence technique غير القابلة للرقابة[4].

وعلى هذا فإذا ما وجد مثل تلك المجموعة، فإن تحديدها يثير مسألة الفصل بين المعرفة العادية والمعرفة الفنية، وهذا أمر مستحيل من الناحية العملية.

---

[1] المرجع السابق، ص189.

[2] المرجع السابق، ص190.

[3] المرجع السابق، ص190.

[4] المرجع السابق، ص190.

ولقد أقر الاجتهاد القضائي بوجود اختصاص فني ينجو من الرقابة، ومن ذلك على سبيل المثال الحالات الآتية[1]:

- قرارات المجالس الصحية.
- القرارات المنظمة لإدارة الغابات comites eamituire.
- قرارات لجان تعادل الدبلومات الجامعية الوطنية والأجنبية.
- القرار المتضمن بأن المسألة هندسية مشمولة في برنامج التعليم الثانوي.
- تقرير ما إذا كان إصلاح بناء ما يعتبر ضروري أم لا.
- منح رخصة لمحل بشأن تركيب أدوية.
- قرارات المحلفين.

ولكن إذا أضفنا إلى ذلك بأن مجلس الدولة أجرى رقابته من الناحية الموضوعية على قرار يتضمن أن كرسي البيولوجيا يختلف عن كرسي المورفولوجيا المختص بأراضي الغابة في حين أن هذا المجلس أقر في مناسبات عدة قرارات ترقية موظف ذي اختصاص فني، إذا تم مثل ذلك فنحن نفهم بأن من العبث أن تجد في الاجتهاد القضائي معياراً واضحاً يميز المعرفة العادية من المعرفة الفنية[2].

الرقابة على قيود السلطة التقديرية

1-نطاق الرقابة،etendu du contsle إذا سلم القاضي بقيام السلطة التقديرية، انبرى لتحديد قيودها القانونية.

وهنا تطرح معرفة ماذا يجب أن يكون عليه نطاق هذه القرابة؟.

---

[1] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص190.

[2] المرجع السابق، ص190.

هذه الرقابة ليست موضوع نص صريح، وإنما هي وليدة المبادئ التي وضعها القضاء كما أن الحلول المعطاة لهذه المسألة يجب أن تبحث في الفقه الميال إلى تحديد القيود المفروضة بهذه المبادئ على ممارسة السلطة التقديرية.

2- المذاهب الفقهية حول نطاق الرقابة:

أ- حسب رأي faum فالسلطة التقديرية تخضع للقيود الآتية:

الحدود الخارجية وهي نصوص القانون المتلقة بقواعد الاختصاص وبالشكليات formalités المفروضة على إصدار القرار التقديري acte descetionaire.

ب- الحدود الداخلية التي تشكل الهدف القانوني للقرار.

وإن تجاوز القيد الأخير يعتبر تجاوزاً للسلطة التقديرية[1].

فإذا استهدفت الإدارة غرضاً يتعارض مع المصلحة العامة، فنحن هنا أمام الانحراف بالسلطة التقديرية، أما إذا استهدفت القرار هدفاً غير مشروع دون أن يكون مصدره قد قصد ذلك، فهنا نحن أمام ظاهرة استبعاد السلطة التقديرية ecastement du pouvoir discretionaire.

وأخيراً إذا قصد القرار هدفاً غير قانوني دون أن يرتكب مصدره التدليس، فنحن هنا حيال اختراق السلطة التقديرية violation.

---

[1] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص191.

ما يمكن أن نأخذه على هذا الفقه أنه اعتبر قواعد الاختصاص والشكل قيوداً على ممارسة السلطة التقديرية، هذا فضلاً عن أنه خلط العيوب المتعلقة بقيود السلطة التقديرية خلط ذلك يعيب الانحراف بهذه السلطة[1].

1- إن عيوب السلطة التقديرية حسب رأي الفقه جليلينيك هي ما يلي:

أ- إذا اعتقدت السلطة الإدارية بأنها مقيدة في القانون في حين أنها حرة الاختيار.

ب- إذا اعتقدت بأنها حرة في حين أنها بالفعل مقيدة بالقانون.

ت- إذا تصرفت بصورة تحكميةarbitraire.

ث- إذا انتهكت مصالح الأفراد.

ج- إذا أكدت وجود وقائع في حين أنها معدومة موضوعياً.

ح- إذا استهدفت هدفاً غير مشروع.

خ- إذا تجاوز القرار مبدأ الشرعية.

د- إذا تناقض القرار مع قواعد المنطق la logique.

وأنه لأمر واضح بأن هذه العيوب قد خلطت الخطأ في الواقع والانحراف في السلطة، خلطت ذلك بعيوب ممارسة السلطة التقديرية، وهذا ما ينقص جوهرياً من وجاهة هذا الفقه[2].

---

[1] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص192.

[2] المرجع السابق، ص192.

2- الفقيه "بوهلر": ميز هذا الفقيه الرقابة غير الجوهرية non authentique من الرقابة الجوهرية أو الحقيقية véritable للسلطة التقديرية.

فهنالك رقابة حقيقية في حال إبطال القرار بسبب عدم وجدود أسباب قانونية بصورة موضوعية motifs objectivement légaux.

ونجد المثال على ذلك في قرار ضبطي ظهر للمحكمة أنه غير ضروري necessarie[1].

ويعتقد هذا الفقيه بأن القضاء يسلم في مثل هذه الحال بأن هنالك تجاوزاً للقيود الخارجية المفروضة على السلطة التقديرية، وهو اعتقاد سبق لنا رفضه[2].

وبالمقابل فنحن هنا حيال محض رقابة على الشرعية تختلط بالرقابة على السلطة التقديرية لقد أدرك هذا الفقيه ضعف فقهه في هذه الناحية، مما حداه إلى التخفيف من موقفه، وذلك باعتماده رقابة أطلق عليها الرقابة غير الحقيقية non authentique، وهي رقابة لا تقل اضطراباً وتشويشاً عن سابقتها.

3- وحسب رأي Tezner فإن الرقابة على أي مفهوم منصوص عليه في القانون، هذه الرقابة تعتبر قيداً على السلطة التقديرية، ومن ثم فنحن هنا حيال إلغاء السلطة التقديرية[3]، وفي الوقت نفسه حيال مماثلة القرارات التقديرية بالقرارات المقيدة.

4- أما بالنسبة للفقه الفرنسي، فنحن لا نرى جهداً في تنظيم وتصنيف حالات الرقابة على السلطة التقديرية المسموح بممارستها.

---

[1] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص192.

[2] المرجع السابق، ص192.

[3] المرجع السابق، ص192.

وبالمقابل فنحن ندرج في عداد عيوب ممارسة السلطة التقديرية، ندرج عيب الانحراف بالسلطة إضافة إلى العيوب غير السليمة للقرار[1].

3- أسلوبنا في التصنيف: لكي نتوصل إلى إجراء تصنيف عادل للحالات التي يمكن أن تكون موضوعاً للرقابة على ممارسة السلطة التقديرية، يجب أن نتفحص حالات تعمق penetre الرقابة في مجال هذه السلطة، وذلك التعمق الذي ليس له دائماً الحال نفسه[2].

وبيان ذلك أن الرقابة على ممارسة السلطة التقديرية تفترض وجود قيود لصالح مبدأ الشرعية، والقاضي لا يفعل شيئاً سوى إلزام الإدارة بأن تترسم هذه القيود، وألا تصرف مطلقاً مستندة إلى سلطة تقديرية تقودها إلى ظاهرة غير مقبولة، ألا وهي ظاهرة ازدواج الإدارة double administration، أو الإدارة المضللة لدى القضاء la jurisdiction egurée dans .

وعلى هذا، فالقاضي يستظهر أحياناً الدليل بأن الإدارة لم تتجاوز هذه القيود، وفي هذه الحال يولد لديه قناعة بأن القيود المذكورة لم يتم تجاوزها.

فترقية الموظف «على سبيل المثال» تصدر مبدئياً بقرار تقديري، ومع ذلك فهذه الترقية يجب أن تستهدف المصلحة العامة، وهذه القاعدة التي تشكل بصورة مسبقة قيداً على السلطة التقديرية تحكم هذه المسألة، ومن ثم فإذا كانت الترقية

---

[1] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص193.

[2] المرجع السابق، ص193.

المذكورة لا تتفق مع الرأي المعطى من قبل اللجنة المختصة، فمن المحتمل في مثل هذه الحال بأن القرار الصادر بالترقية يكون غير محمول على مصلحة المرفق[1].

لكن إذا كان سبب عدم اتباع رأي اللجنة قد أثير في القرار، وثبت في الوقت نفسه أنه مشروع وسليم، فالقاضي يستطيع أن يعتبره سبباً يبرر ممارسة السلطة التقديرية، وفي مثل هذه الحال لا يجري القرابة على الموضوع فيما يتعلق بصفات الموظف المرقى[2].

وبالمقابل إذ كان القرار لم يثر أي سبب قانوني، فالقاضي يبطل قرار الترقية، لكن ليس لأن القرار تجاوز القيود المشار إليها أعلاه، بل لأنه لم يجد بنفسه دليلاً يؤكد بأن هذه القيود لم يتم تجاوزها[3].

ونستطيع القول بأن القاضي يمارس في مثل هذه الحال رقابة خارجية على السلطة التقديرية.

وفي حالات أخرى فالرقابة تتسلط بعمق إذا ما رقي موظف أدنى بصورة واضحة من موظف آخر، فهذه الترقية تتجاوز بشكل صريح القيود المذكورة أعلاه، ومن ثم يجب أن يبطل قرار الترقية على الرغم من كافة الاحتمالات التي يمكن أن تثار[4].

---

[1] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص193.

[2] المرجع السابق، ص193.

[3] المرجع السابق، ص193.

[4] المرجع السابق، ص194.

والقاضي هنا لا يرضى بالأدلة المقدمة إليه المتضمنة الممارسة الحسنة للسلطة التقديرية، بل يتحقق بنفسه من الممارسة المعيبة لهذه السلطة والتي دفعته إلى إبطال القرار، ومن ثم فهو إذن يمارس رقابة داخلية على السلطة التقديرية[1] .

ومع ذلك يجب أن نؤكد بأن القاضي يحترم دائماً في الحالتين المذكورتين أعلاه «ورغم الاختلاف الواضح بينهما» المجال المحفوظ للسلطة التقديرية، ويتجنب في الوقت نفسه التنقيب في مادة القرار التي تشكل خياراً بين عدة حالات قانونية متماثلة[2] .

إذن فالقاضي لا يمارس رقابته إلا على القيود الموضوعية على السلطة التقديرية والثقة ليست رقابة ملاءمة apportunité، وإنما هي الرقابة البسيطة والصرف للشرعية التقديرية[3] .

وما هو جدير بالذكر أن القيود على السلطة التقديرية من الممكن أن تنشأ من تحليلنا للقضاء.

بيد أن مسألة معرفة الأسلوب الذي يترسمه القضاء لوضع هذه القيود، هذا الأسلوب يشكل مصلحة هامة جداً من زاوية الدور الذي يتمنع به القاضي الإداري في ممارسة الرقابة على النشاط الإداري[4] .

---

[1] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص194.

[2] المرجع السابق، ص194.

[3] المرجع السابق، ص194.

[4] المرجع السابق، ص194.

ولما كانت القوانين الوضعية هي وحدها التي تعتبر مصدراً للقانون، فإن القيود على السلطة التقديرية التي تظهر أيضاً في القواعد القانونية لا يمكن أن تبحث إلا في القوانين الوضعية.

وبالفعل فالقاضي الإداري لا ينشئ باب أولى القاعدة القانونية التي تفرض القيود على السلطة التقديرية، وبالمقابل فهو يلم بمضمون المبادئ العامة المنبثقة من القواعد الوضعية[1].
وبالطبع ففي مسألة ما على القاضي أن يحيط علماً بروح القانون والمصلحة العامة التي تم احترامها والعكس[2].
وعلى حد رأي "ميسغر" فإن عدم ممارسة السلطة التقديرية يعني اختراق القانون فضلاً من أنه يشير لصالح الأفراد ضمانة التعامل الخاص مع الموضوع الذي أراد القانون أن يمنحه له[3].

إذن فالقاضي يتولى بحث توفر الدليل بأن السلطة التقديرية قد مورست فعلاً، كما أنه يعمد إلى إبطال القرارات إذا لم تقدم الإدارة الدليل حول ذلك.

وهكذا فباستطاعتنا أن نميز الآن بين امتناع الإدارة عن ممارسة السلطة التقديرية، وبين الامتناع المفروض.

---

[1] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص194.

[2] المرجع السابق، ص194.

[3] المرجع السابق، ص195.

2-الامتناع المفروض:

هنالك امتناع مفروض أو غير إرادي لممارسة السلطة التقديرية عندما لا يكون لدى الجهة الإدارية العلم، أو كان لديها العلم الناقص عن سلطتها التقديرية، وهذا ما يقودنا إلى جهة الإدارة قد تعتبر خطأ أنها مقيدة بالنص الذي يمكن أن يكون قانونياً أو لائحة أو أمر رئاسياً hiérarchique.

فإذا قدرت الإدارة خطأ أنها مقيدة بالقانون أو اللائحة، فقرارها ليس وليد التطبيق البسيط للقانون، وهذا ما يتعارض مع روح وهدف القانون الذي منحها السلطة التقديرية[1].

وإذا صدف أن القرار المتخذ كان «مما يتعلق بالموضوع» متفقاً مع القانون، فلا أحد مع ذلك يستطيع الزعم بأنه يجب التسليم بأنه قانوني، لسبب بسيط هو أن السلطة الإدارية تستطيع أن تتصرف بملء إرادتها فتصدر قراراً آخر[2].

والقاضي في حال النفي ينشئ المبدأ القانوني كي يفرض على الإدارة هذا الاحترام هذا المبدأ يعتبر إطاراً أو شكلاً للقيد، وممارسة السلطة التقديرية يتم ممارستها فقط ضمن هذا الإطار[3].

ونحن لا نستطيع القول بأن القاضي ينشئ المبادئ القانونية كما يتراعى له، إذ أن هذه المبادئ تستمد بصورة غير مباشرة من القانون الوضعي.

---

[1] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص195.

[2] المرجع السابق، ص195.

[3] المرجع السابق، ص194.

بيد أنه عند بحث القضاء عن هذه المبادئ لا نستطيع أن ننكر الدور المتفوق الذي يلعبه القاضي بمجهوده الشخصي عند بحثه عن حل القضية[1].

والأمر نفسه بالنسبة لنطاق القيود التي يمكن فرضها لدى ممارسة السلطة التقديرية أي مدى صرامتها la séverité، وما إذا روعيت قاعدة المساواة والتوحيد، uniforme.

وأبعد من ذلك، فالقاضي عندما يحدد القيود على السلطة التقديرية يصبح الناطق الحي باسم القانون الإداري عن طريق التفسير الريطوري frelorienn الذي يترشد بإحساسه في العدل الذي هو – حسب رأي ديجي – عنصر مستقر في الطبيعة الإنسانية[2].

---

[1] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص194.

[2] المرجع السابق، ص194.

الفصل العاشر

الرقابة الخارجية

التزام الجهة الإدارية بممارسة السلطة التقديرية:

ليست السلطة التقديرية مجرد مكنة بسيطة simple faculté تستطيع السلطة الإدارية التخلي عنها، وإنما هي نظام قانوني آخر ordre imparatif.

إن ممارسة هذه السلطة يجب أن تفسح المجال لشيء واحد هو المبادأة inilatire الشخصية للسلطة الإدارية المختصة[1].

إضافة إلى ذلك فممارسة هذه السلطة التزام قانوني، وإن تجاوز ذلك يعتبر تجاوزاً للقانون.

وبالمقابل فعندما تعتقد الإدارة خطأ أنها تمتلك السلطة التقديرية، في حين إنها مقيدة بالقانون، فالعيب هنا لا يجب أن يعتبر من عيوب السلطة التقديرية، لأن القرار المتخذ بفعل السلطة ظني في حين أن صدوره المحظور فعلاً بالقانون هو غير مشروع بصورة واضحة.

---

[1] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص195.

أما إذا كان صدوره مفروض بالقانون، فالقرار يجب أن يكون مقبولاً من القضاء، وبصورة مستقلة عن كل خطأ يتعلق بوجود السلطة التقديرية، وبالتالي فالإدارة لا تستطيع إلا أن تتصرف الشيء نفسه بعد الإبطال المحتمل للقرار المطعون فيه[1].

والأمر نفسه عندما ينص القانون على سبيل المثال بأن الترقية بالقدم، في حين أن الإدارة اعتقدت خطأ أنها حرة في اختيار الأفضل بين المرشحين، فإذا اختارت الموظف الذي هو الأفضل، فإن ترقيته المفروضة بالقانون هي بدورها قانونية[2].

فإذا كان الموظف ليس الأكثر قدماً، فإن ترقيته غير شرعية بصورة واضحة، ويجب أن يبطل القرار لهذا السبب دون أن يكون هنالك ضرورة لنقد الرأي الخاطئ للإدارة حول وجود السلطة التقديرية[3].

بقيت الحالة التي تعتقد الإدارة فيها خطأ أنها مفيدة بنظام رئاسي، فالأمر هنا لا يتعلق بنظام رقابي عقابي، وإنما برقابة مانعة تظهر عادة في نوعين من القرارات:

1-القرارات العامة التي هي اللوائح ذات الطبيعة الإدارية الداخلية، ثم القرارات الفردية التي هي الأوامر الفردية بالمعنى الدقيق a proprement dit.

فاللوائح الإدارية المتعلقة بالنظام الداخلي لا يشكل – حسب الرأي الغالب – قواعد قانونية، وإنما مجرد أوامر إدارية، وهي إذن لا تشكل قيداً قانونياً على السلطة التقديرية، يودي تجاوزه إلى وصم القرار بالبطلان.

---

[1] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص196.

[2] المرجع السابق، ص196.

[3] المرجع السابق، ص196.

إن اختراق اللائحة الإدارية يمكن أن يحرك المسؤولية ضد الموظف الذي تصرف خلافاً لواجباته ولكن ذلك لا يؤدي إلى إبطال القرار[1].

2-ومن جهة أخرى إذا كان هنالك أمر رئاسي فردي يعتقد أنه يعطي حلاً في مسألة تتعلق بالسلطة التقديرية للجهة الإدارية الأدنى، فهذا يعني أن السلطة الرئاسية تمارس بنفسها هذه السلطة، ونحن حيال ظاهرة الحلول substitution الرئاسي الذي هو بصورة عامة مرفوض repousse باعتباره تجاوزاً للحدود العادية للسلطة الرئاسية.

وفي النتيجة فالقرار الرئاسي الفردي الذي يستحيل عليه أن يلزم السلطة الدنيا بممارسة السلطة التقديرية بصورة محددة سلفاً، هذا القرار لا يشكل أي قيد قانوني على السلطة التقديرية[2].

وفي الحقيقة «ومن جهة النظر العلمية» فالأمر الرئاسي يترتب عليه نتائج هامة لأن كل عضو إداري يجب أن يطيع أوامر السطات العليا ضمن حدود القانون، وإذا لم يخضع يتعرض لتبعة المسؤولية التأديبية[3].

وعلى هذا فالأمر الرئاسي لا يشكل قاعدة قانونية، وليس للمواطنين قبل هذا الأمر أية حقوق ذاتية تمنحهم وسيلة قضائية لإلزام عضو الإدارة المختص بإطاعة الأمر.

---

[1] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص196.

[2] المرجع السابق، ص196.

[3] المرجع السابق، ص197.

نستطيع إذن أن نستخلص بأن هنالك عيباً في ممارسة السلطة التقديرية فيما إذا كان عضو الإدارة المختص المعتقد بأنه مقيد بالأمر الرئاسي والممتنع عن ممارسة سلطته، إذا كان هذا العضو قد أطاع الأوامر الداخلية.

وفي هذه الحال على القاضي أن يوضح للإدارة خطأ القانون وفي الوقت نفسه يلغي قرارها ويمكّن الإدارة من ممارستها سلطتها التقديرية من أجل أن تمارس هذه السلطة من الآن فصاعداً اختصاصها دون قيد اللهم إلا القيد القانوني[1].

3- الامتناع الإداري: إن امتناع الإدارة عن ممارسة السلطة التقديرية هو عمل اختباري عندما تمارسها «وهي على الاطلاع بها» بطريقة تؤدي إلى الإلغاء أو الإلغاء الجوهري[2].

كما لو أنها مارست على سبيل المثال حقها في الترقية بالاختبار على أساس كفاءة كل مرشح ولكنها رضيت بأن تأخذ رأي شخص ثالث، فهذا ما ينقص من ممارسة السلطة التقديرية الممنوحة لها.

والأمر نفسه إذا لم تأخذ بالحسبان إلا عدد السنين التي قضاها الموظف في المرفق، دون أن تهتم بالصفات الفردية للمرشحين أو إذا كان بعض الملفات التي لا غنى عنها للاختيار ولم تنتج أثرها.

4-عناصر التسبيب: نحن نسمي سبب القرار الملابسات circonstances أو الاعتبارات considerations التي تبرز مضمون القرار.

---

[1] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص197.

[2] المرجع السابق، ص197.

هذا التعريف ينطوي على العناصر الآتية:

يقصد من الأسباب أحياناً الوقائع، وأحياناً أخرى الاعتبارات التي تؤسس القرار وتتعلق تارة بملائمة القرار، وأخرى بشرعيته[1].

فعندما تتعلق الأسباب بالملائمة، فالقرار يجب أن يشير الوقائع المشخصة concrets وأهميتها إضافة إلى تأثير هذه الوقائع على ممارسة السلطة التقديرية[2].

فالأسباب بهذه المثابة تؤدي إلى تبرير الحل الذي اختارته الإدارة تقديرياً وهي تسهل في الوقت نفسه رقابة القاضي[3].

وعندما تتعلق الأسباب بالشرعية فالقرار يجب أن يتضمن:

أ- تطور معنى القانون، وفقاً للتفسير المعطى من قبل مصدر القرار.

ب- التأكيد بأن التحقق قد روعي بالنسبة للوقائع التي تشكل شرط تطبيق القانون.

والرقابة الممارسة في جميع هذه الحالات على الأسباب من قبل القاضي ليست إلا رقابة شرعية، ولقد أوضحنا سابقاً بأن الرقابة المتعلقة بالواقع قبل التكييف القانوني للوقائع، هذه الرقابة ليست إلا رقابة شرعية[4].

هنالك عنصر ضروري هو ارتباط الأسباب بالمادة التي اعتمدها القرار، فهي تختلف تبعاً لنوع الأسباب المشارة، ومع ذلك فهنالك مجال لإجراء التمييز الآتي:

---

[1] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص199.

[2] المرجع السابق، ص199.

[3] المرجع السابق، ص199.

[4] المرجع السابق، ص199.

1- إذا كانت الأسباب تتعلق بتفسير القانون، فيجب أن تتضمن رأي مصدر القرار حول معنى القانون، وليس كافياً الذكر البسيط للمادة القانونية، ولا يقوم ذلك مقام السبب.

حتى إذا كان القانون لا يتطلب إلا ذلك النص القانوني المطبق، فهذا الأمر يشكل صيغة داخلية في القرار تؤكد العلاقة بين ذلك وبين القانون، ولا يقتضي في كل مرة ذكر الأسباب[1].

2-إذا استلزم الأمر وجود أسباب تتعلق بالتحقق من الوقائع، فهذا الارتباط يكون قائماً إذا ما قدمت من الأسباب التي تؤكد هذا التحقق[2]، إذا تعلقت الأسباب بالتكييف القانوني للوقائع، فإن ذكر التكييف الذي تم تبنيه لا يكفي لأن التكييف بمثل النتيجة وليس السبب.

فإذا ما نص القانون بأن الصيدلية لا يمكن أن تقام إلا في حي ناءٍ isolée، فالرفض لا يمكن أن يكون مسبباً تسبباً كافياً إذا ما تم التأكيد فقط بأن الحي لا يمكن يعتبر حياً نائياً.

والأمر نفسه عندما ينص القانون بأن القنصل البلدي يمكن أن يوقف عن عمله لأسباب خطيرة raisons graves تتصل بالصالح العام أو النظام العام.

فقرار التوقيف الذي لم يذكر ما هي – في الحالة المشخصة – الأسباب الخطيرة على النظام العام، هذا القرار لا يمكن أن يعتبر بحق مسبباً.

3-ففي الحالين المذكورين آنفاً، فالقرار يخضع إلى الالتزام بذكر الوقائع المحسوسة concrets التي حملت مصدر القرار على التأكيد بأن الحي هو بالفعل

---

[1] حكم مجلس الدولة اليوناني رقم 336، لعام 1931.

[2] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص200.

ناءٍ، أو أن مثل هذه الواقعة تشكل سبباً خطيراً على النظام العام وإن الاقتصار فقط على القول: حيث أن الشروط المطلوبة المقبولة بالقانون متوفرة، هذا القول لا يعتبر سبباً كافياً[1].

4- إذا كانت الغاية من ذكر السبب هي البرهنة على الممارسة السليمة للسلطة التقديرية، فالعلاقة الضرورية بين السبب ونتيجة القرار المسبب تكون قائمة إذا ما ذكر القرار الوقائع والاعتبارات التي أولاها مصدر القرار أهمية خاصة[2].

ويجب أن نشير إلى الاختلاف القائم بين المادة 3 والمادة 4، إذ في المادة 3 على القاضي أن يراقب ملاءمة الأسباب من وجهة نظر الموضوع، وذلك من أجل أن يستنتج ما إذا كان القانون قد اخترق أم لا تبعاً للتكييف غير السليم للوقائع، وهذه الرقابة تتعلق بالمشروعية، وفي الحال الرابعة يقتصر القاضي مبدئياً على التحقق من أن مصدر القرار قد قدم الأسباب المطلوبة، ويتوقف عند هذا الحد لأننا هنا حيال الرقابة الخارجية على السلطة التقديرية[3].

ذلك أنه على مصدر القرار لأن يطرح الأسباب بصورة واضحة، وليس باعتماد تعابير غامضة فعندما يمنح القانون لجنة إدارية السلطة بأن تحدد بصورة تقديرية مضمون مفهوم غامض فالقانون لا يتسامح في مثل هذه الحال، بأن يحل محل هذا المفهوم مفهوماً آخر غامضاً.

---

[1] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص200.

[2] المرجع السابق، ص200.

[3] المرجع السابق، ص200.

إن مثل هذا الحال يكون قائماً عندما يتجسد هذا السبب في أكثر من عبارة يحتمل أن تطبق على كافة الحالات: نقل موظف لسبب يتعلق بالمرفق[1] deflacement de sereiee، تسريح موظف بسبب عدم الأهلية الوظيفية[2]، رفض الاعتراف بمجلس قروي commun بسبب أن مثل هذا الإجراء ليس ملائماً في حينه[3].

هذه الأسباب جميعاً ليست كافية، وهذه هي صيغة الصالح لكل شيء formule pass – partout المنتقدة من الفقه الفرنسي[4].

وهنالك مثل واضح بالنسبة للأسباب غير الكافية يتعلق «حسب رأي Tezner» برفض الترخيص بإقامة فندق بحجة أن سكان المدينة ليسوا بحاجة لفندق جديد.

وبالمقابل فالسبب يعتبر كافياً في رأي هذا الفقيه إذا ذكر بأنه في المدينة نفسها التي عدد سكانها خمس آلاف نسمة والتي تزار سنوياً من قبل خمسمائة سائحة من المناطق المجاورة، يوجد فندقين وقد اعتبرا كافيين[5].

---

[1] حكم مجلس الدولة اليوناني رقم 5، لعام 931.

[2] حكم مجلس الدولة اليوناني رقم 62، لعام 1932، وحكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 1952/6/28 قضية joset.

[3] حكم مجلس الدولة اليوناني، رقم 1344، لعام 1934.

[4] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص201.

[5] المرجع السابق، ص201.

وبالفعل فهذا السبب جدير بالاقتداء، ويدل على ممارسة سليمة للسلطة التقديرية، أما لجهة القضاء فهو لا يظهر تشدده في هذا المجال، بل هو يرضى أحياناً بأسباب مخففة rudemetoires.

ولقد حكم القضاء بكفاية السبب فيما يتعلق بالترقية بالنسبة لذوي الأهلية العالية flus capable[1].

وبصورة عامة فالاجتهاد ليس مستقراً constant بالنسبة للمرض المهني[2].

ويمكن القول أن السبب الصحيح من الناحية النظرية هو ذلك السبب – وانطلاقاً من القاعدة القانونية – الذي يتطابق مع الحالة المشخصة égalité،adapté au cas concrets daul un esfrit d في إطار روح المساواة.

---

[1] حكم مجلس الدولة اليوناني، رقم 759 لعام 1935، رقم 403 لعام 1934، بالنسبة لعدم أهلية الأمر، وحكم رقم 760 لعام 1936 بالنسبة لعدم الأهلية، ورقم 595 لعام 1935 بالنسبة لعدم الصفة العسكرية.

[2] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص201.

تبرير الغاية من الإلزام بتسبيب القرار الإداري

سنحاول تبرير هذا الالتزام بإثارة عِرف أو عمل قضائي مديد، لكن العرف لا يشكل مصدراً للقانون الإداري، وإن الإحالة إلى توجيهات direction القضاء ليس له أية قيمة علمية ما لم يتم البحث عن المبادئ المطبقة[1].

هنالك نظرية أخرى تميز بين موضوع السلطة المقيدة أو التقديرية.

بالنسبة للحال الأولى، فإن غياب الأسباب القانونية يعتبر وسيلة للإبطال، وهي وسيلة مشتقة من مبدأ الشرعية.

أما بالنسبة للحال الثانية، فإن انعدام الأسباب وسيلة لإبطال مستقل يمكن وصفه أحياناً بأنه نظرية الانحراف بالسلطة، وأحياناً أخرى بأنه نظرية السبب وأخيراً يمكن رده إلى تطبيق مبدأ عقلي مفاده أن كل قرار له سببه، ومن ثم وانطلاقاً من هذا المبدأ العقلي صاغ القضاء المبدأ العام للقانون.

وفي رأينا أن ذكر سبب القرار الإداري يفرضه مبدأ الشرعية وفي الوقت نفسه فهو يقدم للقاضي الدليل بأن القرار مطابق للقانون وللمبادئ العامة التي تسوس شرعية القرارات الإدارية، ومن ثم فما بين هذه المبادئ يوجد ذلك المبدأ الذي يفرض الممارسة القانونية للسلطة التقديرية[2].

---

[1] المرجع السابق، ص202.

[2] حكم مجلس الدولة اليوناني، رقم 1095 لعام 1934.

ومن جهة أخرى فإن ذكر السبب يسمح بشيء آخر هو الكشف المحتمل عن الانحراف بالسلطة، الذي هو عيب خفي في القرار الإداري ذلك العيب الذي لا يخفى على ضوء السبب[1].

ومن جهة أخرى فإن ذكر الأسباب يقدم خدمات للإدارة نفسها، إذ بالاستهداء بالأسباب، التي هي كمحك تتمكن السلطات الدنيا من تطبيق القانون، في جميع الحالات المتماثلة[2].

لقد قلنا أن التحقق من الأسباب يؤدي بصورة آلية إلى الرقابة على شرعية القرار ومن كافة وجهات النظر، وهذا ما جعلنا نقول مع Tezner بأن سبب القرار الإداري هو الوسيلة الفنية لتحقيق إرادة القانون

la moyen technique de realisér la volonté de lacte.

[1] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص202.

[2] المرجع السابق، ص202.

ماهية القرارات التي تحتاج إلى ذكر الأسباب

نحن لا نسلم بوجهة نظر الفقه القديم المتضمنة أن القرارات التقديرية هي فقط يجب أن تكون مسببة، والعكس بالنسبة للقرارات المقيدة[1].

هذا الفقه يتعارض للوهلة الأولى مع قضية القضاء التي تؤكد وجود قرارات تقديرية خالية هذا الالتزام، في حين أن بعض القرارات المقيدة مقيدة بالتسبيب[2].

وبالفعل فالقضاء يسلم بصورة مستقرة بأنه أياً كانت القرارات المقيدة، أعني تلك القرارات الإلزامية، والتي ليست بصورة مبدئية ملزمة بالتسبيب أياً كانت تلك القرارات فعليها مع ذلك أن تثير في بعض الحالات أسباباً قانونية، كما هي الحال بالنسبة لسقوط حق مزارع من أرضه أياً كان الإجراء المفروض بالقانون في حال هجر الزراعة[3].

ومن جهة أخرى ففي جميع الحالات التي تسلم بها بصورة عامة بأن القرارات التقديرية يجب أن تكون مسببة، فالقضاء يعتبر أحياناً من العبث ذكر السبب في حال توقيف عضو من أعضاء إدارة مؤسسة عامة[4]، أو في حال القرار المتضمن تعديل الخطة التنظيمية[5].

---

[1] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص203.

[2] المرجع السابق، ص203.

[3] حكم مجلس الدولة اليوناني، رقم 34، لعام 1935.

[4] حكم مجلس الدولة اليوناني، رقم 676، لعام 1930.

[5] حكم مجلس الدولة اليوناني، رقم 700، لعام 1932.

ويترتب على ذلك أنه من الواجب رفض الرأي المتضمن أن التماس الأسباب ليس إلزامياً إلا في حال القرارات التقديرية[1].

ويجب أن نرفض أيضاً المعيار القائم على التمييز بين تلك القرارات التي تندرج في مجموعة القرارات الأساسية cotegorie fondamentales كما هي الحال بالنسبة للقرارات التي تمنح مزايا actes favorable أو تحرم من قرية defavorable، والقرارات الكاشفة recogitifs، ثم القرارات المنشئة[2].

إن استحالة إيجاد معيار ينطلق من واقع أن الأسباب يمكن أن تتعلق بكافة وجهات نظر شرعية القرار، كما يمكن أن تتعلق بالملاءمة، أضف إلى ذلك فالأسباب يمكن أن يكون لها عدة أوجه بالنسبة لتحققها الذي يختلف تبعاً للزاوية التي تنظر منها[3].

فالقرار المقيد، ذلك القرار الذي إصداره إلزامي ومضمونه محدد بالقانون، هذا القرار لا يلزم بالتسبيب فيما يتعلق بالملاءمة[2]، وفي الحقيقة ليس للإدارة في هذا الصدد أي مكنه للخيار[4].

---

[1] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص203.

[2] المرجع السابق، ص203.

[3] المرجع السابق، ص203.

[4] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص204.

وعلى هذا فإذا كان هنالك شك حول وجود بعض الشروط المادية المفروضة بالقانون، فإننا نستطيع أن نؤكد بأن القرار التمس الوقائع المادية التي يستند إليها.

وفي النتيجة فنحن نؤكد بأن التمييز بين القرارات التي تخضع للالتزام بالتسبيب وتلك التي هي بمنجاة من ذلك، هذا التمييز نسبي[1].

هذا ويمكننا أن نلتمس بعض القواعد المقيدة لهذا المبدأ هي:

1- إن ذكر السبب ضروري مبدئياً في حال القرارات التي تلغي مركز سبق نشوؤه، كما هي الحال بالنسبة لسحب القرارات الإدارية الذي يصدر تارة عن الجهة مصدرة القرار، وتارة أخرى عن سلطة رئاسية استناداً إلى الرقابة الرئاسية، وأخيراً عن أية سلطة مختصة سواء بصورة تلقائية أو بناء على طلب صريح من قبل أية مصلحة.

فالمركز الذي ينشأ عن قرار إداري لصالح فرد يجب مبدئياً أن يستمر خلال الوقت المترتب على مضمونه.

والانقطاع من المدة المتعلقة بآثار القرار قبل الوقت العادي يشكل حدثاً استثنائياً، والقاضي لا يستطيع أن يبرهن على حدوث ذلك دون معرفة الأسباب المحددة.

2- عندما يحدث تغيير في العمل الإداري la pratique administrative[2] خلال فترة معينة.

---

[1] المرجع السابق، ص204.

[2] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص204.

فالإدارة التي تطبق القانون وتعطيه معنى معيناً، هذه الإدارة تستطيع دون نص أن تهجر هذا العمل، كان من حق القاضي أن يعلم أسباب هذا التحول revirement.

لا سيما في حال كون القرارات تحرم الأفراد من بعض المزايا defavorable.

فإذا تم التسليم بأن موظفاً هو أهل للترقية في نهاية السنة، فلا يمكن رفض تلك المزية في نهاية المدة إذا ما توفرت كافة المعطيات[1].

3- إذا ما تعارض القرار مع مستندات الملف وجب أن يفسح المجال للتسبيب.

فالرأي المعطى من قبل المجلس المختص والذي يعارض في إصدار قرار ما هذا الرأي ينشئ الالتزام بذكر الأسباب التي دفعت الإدارة إلى إصدار مثل هذا القرار[2].

4- والحال التي يحدد فيها القانون بصورة مقيدة الأسباب التي تسمح بإصدار القرار، في هذا الحال يجب ذكر الأسباب التي تبرر الإصدار[3].

5- إن الالتزام بتسبيب القرار لا يمكن تغطيته باستخدام حجة مع الفارق[4].

---

[1] حكم مجلس الدولة اليوناني، رقم 185، لعام 1934.

[2] حكم مجلس الدولة اليوناني، رقم 1944، لعام 1934.

[3] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص204.

[4] المرجع السابق، ص205.

إذاً إذا نص القانون بأن رفض رخصة إقامة مصنع يجب أن يكون مسبباً، فلا يمكن أن نستنتج بأن قرار منح الرخصة بمنحى من هذا الالتزام[1].

وفي الحقيقة أن مثل هذا القرار يمكن أن يكون موضعاً للإضرار بالآخرين كالملاك الصناعيين المماثلين بالصنعة، وهذا ما يستتبع الالتزام بتسبيب هذا المنح[2].

إذاً نستطيع التسليم مبدئياً بأن هنالك التزام بتسبيب كل قرار ينشئ مراكز ضارة situations defavorabls بالأفراد، كحالة الإحالة إلى التقاعد[3]، أو بالنسبة للمراكز غير العادية، مثل رجعية القرار[4]، أو رفض الطلب[5].

وفيما عدا القواعد الآنفة الذكر والتي ليست على سبيل الحضر، فالتمييز بين القرارات التي تحتاج إلى التسبيب والعكس فيما عدا ذلك فالحالات تبقى غامضة.

وفي جميع الأحوال يجب أن نأخذ بالاعتبار الشك الذي يولده القرار لدى القاضي فيما يتعلق بشرعيته أو بالضرر الذي يحيق بمصالح الأفراد جراء تطبيقه[6].

---

[1] مجلس الدولة اليوناني، رقم 480، لعام 1949.

[2] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص205.

[3] حكم مجلس الدولة اليوناني، رقم 15و 411، لعام 1945.

[4] حكم مجلس الدولة اليوناني، رقم 457، لعام 1950.

[5] حكم مجلس الدولة اليوناني، رقم 497، لعام 1950.

[6] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص205.

قواعد الإجراءات المتعلقة بالرقابة

يمكننا أن نسلم بالقواعد الآتية:

أ- إذا كانت الأسباب تتعلق بتفسير القانون المطبق أو بالتحقق من الوقائع، أو بالتوصيف القانوني، فالرقابة تتعلق بالشرعية، كما أنها تمتد إلى التحقق من سلامة الأسباب المشارة[1].

وفي الحقيقة أن الخطأ في تفسير القانون والتحقق الخاطئ من الوقائع، والخطأ المرتكب في تكييفها هذا الوضع يشكل اختراقاً مباشراً للقانون[2].

ومن جهة أخرى فإذا اقتصر القرار إلى أحد الأسباب التي استند إليها القرار، فإن مجلس الدولة يبطل القرار، إذا كانت الأسباب الجوهرية لم تظهر بصورة تبرر منفردة القرار الصادر.

لكن إذا كانت الأسباب المتمسك بها تتعلق بالخيار بين عدة حلول مشروعة وبمعنى آخر تتعلق بممارسة السلطة التقديرية، فالرقابة عندئذ تتعلق بهذه السلطة وترتب القيود سبق الإشارة إليها.

فالقاضي هنا يكتفي من وجود السلطة التقديرية بالدليل الشكلي للممارسة السليمة للسلطة التقديرية، ولا يشغل باله بتقدير الأسباب سواء فيما يتعلق بالموضوع أم لجهة الحالات الاستثنائية[3].

---

[1] المرجع السابق، ص205.

[2] حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 1952/1/18، قضية sciandre.

[3] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص206.

ب- إذا ألزم القانون الإدارة بتسبيب القرار، فالأسباب يجب أن تذكر في جسم القرار le corp même de l'acte[1].

أما إذا لم يلزم الإدارة بالتسبيب، فالأسباب تكتسب سمة ثانوية، ويمكن أن تحل محلها وثائق الملف[2]، شريطة أن تكون موجودة قبل صدور القرار، ولا تكون قد نشأت بصورة لاحقة له[3].

إن سبب رفض القضاء التماس الأسباب اللاحقة للقرار a posterior مرده أنه لا يرضى بتسبيب يلتمس تحت ضغط مركز سبق نشوؤه[4].

وبالمقابل يجب أن يقود الإدارة إلى المركز الذي وجد قبل إصدار القرار، ذلك المركز الذي يمكن أن يضمن حكماً متحرراً مع كل تأثير[5].

هذا التسبيب لا نجد له تطبيقاً في القانون الألماني، إذ يمكن تسبيب القرارات بصورة متأخرة على صدورها، أو خلال الجلسة أمام القاضي الإداري[6].

---

[1] حكم مجلس الدولة اليوناني، رقم 649، لعام 1945، ورقم 553، لعام 1950.

[2] حكم مجلس الدولة اليوناني، 662، لعام 1945، ورقم 440، لعام 1950.

[3] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص206.

[4] المرجع السابق، ص206.

[5] المرجع السابق، ص206.

[6] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص206.

ج- إن عبء إثبات وجود الأسباب لا يقع على الفرد، بل على الإدارة التي عليها أن تخضع لرقابة القضاء كل جزئية استند إليها القرار المطعون فيه[1] .

وبصورة استثنائية فإثبات عيب السبب يقع على المدعى في الحالات الآتية:

1- إذا أثار خطأ في الواقع المتعلق بالسبب، أي إذا زعم أن هذا الواقع خطأ من الناحية الموضوعية.

2- إذا ثار عيب الانحراف بالسلطة هنا، فالقاضي المتحلل من أية سلطة تبحث عن هدف القرار، لا يلغي القرار إلا إذا كان الانحراف واضحاً manifeste[2] .

3- إن الرقابة الممارسة على الأسباب يمكن أن تمارس خلال إبطال القرار، وفي هذه الحال يترك القاضي لمصدر القرار الحرية بأن يمارس مجدداً اختصاصه دون أن يكون مقيداً بقرار الإبطال[3] .

ولكن يجب أن نسلم أيضاً في هذه المرة بإمكان امتناع الإدارة، والحل الذي سيبنى يعتمد نص القانون المتعلق به أعني ما إذا كان إصدار القرار ملزماً أم لا[4] .

وبالعكس فما هو واجب الاستبعاد إصدار قرار جديد مجرد من كل سبب لأنه إذا كان ذكر الأسباب مستلزماً بنص القانون، فإن إصدار مثل هذا القرار يصبح تجاوزاً مباشراً والأمر نفسه إذا كان ذكر الأسباب تفرضه الطبيعة الذاتية للقرار[1] .

---

[1] المرجع السابق، ص206.

[2] المرجع السابق، ص206.

[3] المرجع السابق، ص206.

[4] المرجع السابق، ص206.

والقاعدة نفسها واجبة المراعاة في حال كون القرار مسبباً بصورة تلقائية من قبل الإدارة، وبعبارة أخرى إذا اتخذت الإدارة قراراً ثم التمست سبباً حتى في حال كون ذكر هذا السبب ليس ضرورياً أو مفروضاً بالقانون أو بطبيعة القرار، ومن ثم فإذا ما التمست هذه الأسباب في إحدى المرات فمن الممكن إخضاعها لرقابة الشرعية، كما لو أنها مفروضة تماماً بنص القانون[2].

فالقاضي يسلم على سبيل المثال بحق الإدارة بأن توقف في كل لحظة الموظف غير المثبت دون التماس أسباب محددة ومن ثم إذا تم ذلك فقد تلتمس كسبب واقعة أن المعدل الأقصى للوظيفة قد تم تجاوزها.

فإذا ثبت عدم صحة ذلك فإن قرار الإقصاء،acte de licenciment، يكون قابلاً للإبطاء، ومع ذلك إذا لم تلتمس أي سبب، فالقرار لا يكون غير مشروع[3].

والقاضي يبطل القرار القائم على أسباب خاصة حتى إذا ما أثيرت الأسباب بصورة تلقائية، وذلك كيما تتخذ الإدارة قراراً مبرراً تبريراً كافياً[4].

وهذا يعني بعد الإبطال، يمكن للإدارة أن نسلك الطريقين الآتيين:

إما أن تحل السبب السليم من الناحية الموضوعية والقانونية محل السبب الخاطئ أو تمتنع عن إصدار قرار جديد، وإن إصدار قرار جديد مجرد من كل سبب يكون مرفوضاً[5].

---

[1] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص207.

[2] المرجع السابق، ص207.

[3] المرجع السابق، ص207.

[4] حكم مجلس الدولة اليوناني، رقم 759، لعام 1946.

[5] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص207.

وفي تبرير هذا المبدأ، يجب أن نأخذ بعين الاعتبار أنه إذا كانت الإدارة قد أشارت تلقائياً سبباً ما فهذا يعني أنها تتخلى عن المكنة القانونية بإصدار القرار دون ذكر السبب، وفي هذه الحال فالقرار يصبح مقيداً، ولا يمكن أن يتحول مجدداً إلى قرار حرا acte libre[1].

ويمكننا أن نضيف أيضاً بأن إصدار قرار جديد مجرد من كل سبب لا يعني عادة إلا إخفاء السبب الذي – وإن رفض كلياً من قبل القاضي – يستر بصورة غير معترف بها في دعم القرار المجرد في مظهره من السبب[2].

الرقابة الداخلية

خلافاً للرقابة الخارجية، فالرقابة الداخلية لا تقتصر على البحث عن دليل شكلي يضمن كون السلطة التقديرية قد مورست ضمن الحدود القانونية، بل إن هذه الرقابة تتحقق بالنسبة للموضوع au fond، إذ كانت هذه القيود قد اخترقت.

وهكذا فالرقابة الداخلية تتعمق penetre بشكل ما في مجال ممارسة السلطة التقديرية.

وغالباً فهذه الرقابة لا تعني أن القاضي قد حل محل السلطة المختصة.

ذلك أن القاضي يشغل نفسه بالملاءمة apportunite، لكنه يتأكد مما إذا كان مضمون القرار قد ترسم حدود السلطة التقديرية التي تشتق من القانون، والتي هي تخوم أرض الملاءمة[1]

---

[1] المرجع السابق، ص207.

[2] المرجع السابق، ص207.

"delimiter de la terrais de l،opportunite"

ضمن هذه الحدود، لا يمكن البحث عن الملاءمة، وإنما عن الشرعية الصرف والبسيطة la légalité pure et simple[2].

ونؤكد مرة أخرى بأن الرقابة الداخلية في ذاتها على القرار لا تشكل رقابة ملاءمة، أو رقابة على السلطة التقديرية، وإنما هي رقابة على حدودها أي على الشرعية ومن ثم فالقرارات التقديرية تبقى دائماً غير قابلة للهجوم أو المنافسة indiseutable على أرضية الملاءمة الصرف:

"lesrain de la l،opportunite pure"

القيود الخارجية على السلطة التقديرية

1- القيد الأكثر وضوحاً على السلطة التقديرية ينشأ من التعريف نفسه بهذه السلطة.

فإذا ما ترك القانون تحديد مضمون مفهوم غامض إلى خيار الإدارة، فهذا يعني أن هذه الجهة لا تستطيع اللجوء إلى معطيات التجربة العامة أو الفنية لتستخلص جواباً محدداً.

إذاً فالسلطة التقديرية تنشأ ضمن إمكان امتلاك السلطة الإدارية مكنة تحديد هذا المفهوم وفق رأيها.

---

[1] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص208.

[2] المرجع السابق، ص208.

ويبدو أنه يوجد في أغلب الأحيان لدى كل مفهوم قانوني عنصر أساسي يتحدد بصورة ثابتة بتصورات الناس أو تجاربهم، وهذا العنصر هو الحد الأقصى للمعقولية،extrème limite rationell[1] .

وكل تحديد للمفهوم يتجاهل هذا العنصر يتعارض مع المنطق، وهكذا فعندما يمنح القانون لمجلس ما صلاحية ترقية الموظف الأكثر كفاءة le plus capable، فالمجلس يستطيع أن يحدد بحرية مضمون الأكثر كفاءة، ولكنه لا يستطيع أن يختار للترقية الموظف الذي وصف بصورة واضحة من رؤسائه بأنه غير كفؤ manifestiment capable[2].

والأمر نفسه بالنسبة للكثافة السكانية agglomeration التي هي سكان خمسة آلاف نسمة، والتي صنفت ضمن مفهوم القرى[3] .

إذن فالقانون يتطلب من الإدارة في ممارستها للسلطة التقديرية ألا تتجاوز الحد الأقصى المعقول الذي يصبح حداً قانونياً لهذه السلطة[4] .

وقياساً على ذلك فالفقه الفرنسي أقر في عدة مناسبات ما تم على يد القضاء من تحويل المبدأ العقلي إلى مبدأ عام للقانون[1] .

---

[1] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص208.

[2] المرجع السابق، ص208.

[3] المرجع السابق، ص209.

[4] المرجع السابق، ص209.

وحقيقة الأمر أن تلك القيود قائمة على كل مفهوم قانوني بالمفهوم الموسع أو المضيق.

فعلى سبيل المثال من الممكن دائماً أن تثار بعض الشكوك حول مسألة معرفة الحال التي تعتبر فيها مؤسسة أنها مقلقة incommode.

ومن ذلك فالمفاهيم نفسها التي من هذا النوع، أي المفاهيم القانونية مؤطرة ضمن حدين، أحدهما إيجابي والآخر سلبي، وخارج هذه القيود لا مجال للشك[2].

فلا أحد على سبيل المثال، يستطيع التأكيد بأن المعمل الذي يعمل بصم ويقع بعيداً عن المكان، هذا المعمل مغلق، ولا أن حداداً forgeron يعمل على مقربة من المكان «حيث يتم رج الزجاج» أنه لم يرج الزجاج[3].

إن تجاوز هذه الحدود القصوى يبرر بالتأكيد إبطال القرار سواء أكان تقديراً أم مقيداً، لكن النقطة الخلفية الآتية يجب أن تثار فيما يتعلق بالقرارات المقيدة بالمفاهيم القانونية فما لا غنى عنه أن هذه الحدود القصوى قد تم تجاوزها، والقاضي هنا ينطق بإبطال القرار في كل حالة يختلف فيها رأيه عن رأي الإدارة[4].

وبالعكس فإذا ما تصرفت الإدارة بالاستناد إلى مفاهيم تقديرية، فالإبطال غير مسموح لهذا السبب على سبيل الانفراد، وبالتالي فهذا الإبطال غير ممكن إلا في

---

[1] هذا القول للفقيه لوباديير انظر ستاسينوبولس، المرجع السابق، ص209.

[2] هذا القول لجلينيك انظر ستاسينوبولس، المرجع السابق، ص209.

[3] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص209.

[4] المرجع السابق، ص209.

حال استثنائية، حيث الوقائع التي تم التحقق من وجودها، قد استبعدت بصورة صريحة، وفقاً لرأي أي رجل يتمتع بالحل السليم، فالحل المتبني من قبل الإدارة هو حالات تجاوز الحدود القصوى كما سبق الكلام عنه[1].

وهنالك بعض الأمثلة المستمدة من قضاء الدولة اليوناني ما بين الموظفين الذين تمت ترقيتهم بالقدم يوجد بعض الأشخاص الذين لا يتوفر بهم الأهلية بصورة واضحة manifestement capable والذين خضعوا إلى عقوبات تأديبية جسيمة، وهكذا فترقيتهم تتعارض مع روح القانون، وتشكل ممارسة معيبة للسلطة التقديرية، أي تجاوز الحدود القصوى[2].

ومن ذلك أن العمدة فرض على قنصل بلدي بعض العقوبات المغلطة lourde المنصوص عنها في القانون، والتي لا تشكل إلا خطأ مخففاً légère .

هذا الإجراء يعتبر تجاوزاً للحدود القصوى للسلطة التقديرية ولما كانت السلطات التأديبية قد مورست على مثل تلك السلطات المنتخبة من قبل الشعب، فيكون هذا الإجراء استثنائياً ولا يمكن ممارسته إلا باحتراس[3].

وهنالك أمثلة أخرى، من ذلك أن مجلس الإدارة لمشفى بلدي فرض عقوبة تأديبية غير مشروعة، على طبيب المشفى، ولقد أوقف المجلس البلدي «في ممارسته

---

[1] حكم مجلس الدولة اليوناني رقم 453، لعام 3719.

[2] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص209.

[3] حكم مجلس الدولة اليوناني، رقم 67، لعام 1931.

لسلطته الوصائية » قرار مجلس الإدارة المذكور، هنالك تجاوز لحدود السلطة التقديرية إذ يكفي في حدوث ذلك إلغاء العقوبة غير المشروعة[1] .

لنفترض أن القانون ينص بأن الوزير يحيل إلى مجلس الدولة مشروع لائحة الإدارة العامة ويمكنه أن يحدد مدة تلزم مجلس الدولة أن يعطي رأيه خلالها .

لقد تصرف الوزير نتيجة لذلك مستخدماً سلطته التقديرية، ولكنه في تحديده لمدة أربعة وعشرين ساعة غير الكافية بصورة واضحة في هذا التحديد، يكون قد تجاوز الحدود القصوى لهذه السلطة[2] .

يمكننا أن نضيف إلى ذلك عدة أمثلة مستمدة من القضاء الفرنسي، من ذلك ما أقره مجلس الدولة بأنه من حقه بأن يكيف إجراء ضبطياً ما بأنه مبالغ فيهexecessire[3] .

وفي حال السلطة التأديبية، يبحث مجلس الدولة ما إذا كانت العقوبة المفروضة مبررة بالخطأ المرتكب من قبل الموظف[4] .

---

[1] حكم مجلس الدولة اليوناني، رقم 468، لعام 1932.

[2] حكم مجلس الدولة اليوناني، رقم 91، لعام 1933.

[3] حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 1933/5/10، قضية nleapunin.

[4] حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 1938/1/12، قضية goulungeosl، وحكمه الصادر في 1948/2/12، قضية Maussae، و1945/1/19، قضية Morand.

وفي الحقيقة أن مجلس الدولة الفرنسي لم يتعرض بصورة صريحة إلى تقدير عدم التناسب القائم بصورة احتمالية بين العقوبة وأهمية الخطأ المرتكب (يعتبر نفسه بأنه قد يتعمق بعيداً إلى أرضية الملاءمة)[1].

لكنه من الواضح أنه يتصرف هنا في حالات نموذجية وهي بحثه عن تجاوز الحدود القصوى للسلطة التقديرية.

ومع ذلك فالفقه الفرنسي يفسر هذا القضاء بأنه رقابة على الأسباب على الطريقة التقليدية[2].

وهكذا "فلودباير" يرى أن القاضي في مثل هذا الحال يؤكد حق البحث فيما إذا كانت أسباب هذه العقوبات كافية لتبرير الإجراء المفروض[3].

2- وفي مجموعة أخرى من الحالات لم يقر القضاء فحسب تجاوز الحد الأقصى للمعقولية، بل حد الإدارة الحسنة limits de la lion administration، أو الإدارة المناسبة convenable[4].

- إذا ما صرفت الإدارة الخدمة لأسباب اقتصادية موظفاً قديماً بدلاً من أن تصرف الموظف المعين حديثاً، فهي هنا تتجاوز حدود الإدارة الحسنة.

- والأمر نفسه إذا ما التزمت «بعد فترة من الوقت» مع موظف جديد دون أن تدعو الموظف المفصول حديثاً من الخدمة[1].

---

[1] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص210.

[2] المرجع السابق، ص210.

[3] المرجع السابق، ص211.

[4] المرجع السابق، ص211.

- إذا أعادت التعاقد مع موظف سرح بسبب إدانته بدلاً من أن تلتزم مع موظف آخر سرح دون ارتكاب أي خطأ[2].

- يستطيع العمدة أن يحدد يوماً لمعرض محلي، بشرط أن يتفق ذلك مع اليوم المخصص لمعرض آخر في المنطقة المجاورة[3].

وما تجدر ملاحظته أن مفهوم الإدارة الحسنة يفرض ممارسة السلطة التقديرية بصورة لا تتطلب أية تضحية من المواطن، اللهم تلك التي لا غنى عنها لتطبيق القانون[4].

فإذا كان من الممكن أن يكون هذا التطبيق مضموناً بإجراءات معتدلة جداً plus douces، فالقرارات التي تستدعي تضحيات غير مقيدة من جانب الأفراد، هذه القرارات غير سليمة، والمبدأ الذي يجب تطبيقه هو أن القرار الإداري يمكن أن يكون قانونياً إلا إذا كان ضرورياً لتطبيق القانون[5].

فمثلاً يمكننا أن نعتبر استملاك عقار عملاً غير مشروع، إذ كان هذا العقار ذو قيمة عليا في حين أن هدف القانون يمكن أن يتحقق من استملاك عقار ذي قيمة أدنى.

---

[1] حكم مجلس الدولة اليوناني، رقم 394، لعام 1933.

[2] حكم مجلس الدولة اليوناني، رقم 422، لعام 1935.

[3] حكم مجلس الدولة اليوناني، رقم 832، لعام 1926.

[4] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص211.

[5] المرجع السابق، ص211.

والأمر نفسه عندما يخفي الاستملاك هدفاً يمكن الوصول إليه بإجراء أقل كلفة، كما في حال الإيجار الإلزامي[1].

وهنالك مجال للتحفظ أحياناً، وذلك بالنسبة للحالات التي ينص فيها القانون على أن السلطة التقديرية يجب أن تمارس بروح الرحمة .indigenée،dans un esprit d

فالسلطة المختصة مقيدة جداً في هذه الحال أكثر منها بالنسبة للسلطة التقديرية بالمعنى المحدد لهذه الكلمة á proprement dit ، إنها السلطة التي تخضع بسهولة جداً لرقابة القضاء الذي «وهو المدعو لإنشاء المفهوم القانوني» لا يستطيع أن يتصور هذا المفهوم إلا ضمن معنى القانون أي في سياق روح الرحمة[2].

---

[1] حكم مجلس الدولة اليوناني، رقم 300، لعام 1936.

[2] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص212.

المساواة لدى السلطة التقديرية

1- القيد الدستوري على المساواة:

على السلطة التقديرية قيداً آخر، هو قيد المساواة وفي الحقيقة هنالك مساواة عندما تتخذ إجراءات واحدة بالنسبة لشروط متماثلة، وبالمقابل ليس هنالك مساواة عندما يرفض لشخص ما منح للآخر يتفق معه بالشروط[1].

إن حد المساواة ينشأ من مبدأ دستوري مفاده أن المواطنين متساوون أمام القانون ذلك المبدأ الذي اعتبر في بعض الأحيان مجد توجيه بسيط simple directive، ولا يقيد المشرع.

وحسب هذا الرأي فالقاضي لا يستطيع أن يفحص ما إذا كان هذا القانون أو ذاك، قد تجاوز ذلك الحد الدستوري[2].

ولكن الاجتهاد وبعد عدة سنوات غير فجأة طريقه، مؤكداً أن المبدأ الدستوري لا يشكل فقط توجيهاً، بل هو قاعدة قانونية، وحد قانوني دقيق juridique stricte limite، وإن تجاوزه يؤدي إلى عدم دستورية القانون[3].

استناداً إلى ما تقدم فإن محكمة النقض أقرت بأن قيد مبدأ المساواة لا يخاطب فقط من ينطبق عليه القانون، بل المشرع نفسه وهذا المبدأ لا يستلزم فقط

---

[1] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص212.

[2] حكم مجلس الدولة اليوناني، رقم 258، لعام 1930، ورقم 441، لعام 1931، ورقم 614، لعام 1933، ورقم 1069، لعام 1940.

[3] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص212.

المساواة أمام القانون بل في القانون نفسه، وهذا يعني أنه ضمن شروط متماثلة على القانون أن يقرر حقوق متساوية بالنسبة لكافة المواطنين[1].

ومما لا شك فيه أنه لا يمكن استبعاد بعض الاختلافات القائمة على فوارق متغيرة تبعاً للحال.

ولكن الدستور يحظر الفوارق التحكمية التي تنشئ دون سبب معقول امتيازات ومزايا[2].

وبالنتيجة فالمبدأ الدستوري الآنف الذكر يشكل قاعدة قانونية، وهو بالتالي يخضع في تطبيقه لرقابة القضاء[3].

ولقد أكد مجلس الدولة بأن مبدأ المساواة يفرض على المشرع أن يتصرف بصورة موحدة manée uniforme في مواجهة أفراد يخضعون لشروط واحدة، وبالنسبة للقصة المطروحة، فقد حكم بعدم دستورية القانون الذي رفض حق العمل لعمل ليسوا مزودين بدفتر المهنة[4].

ولقد أكملت هذه المبادئ بمبادئ أخرى مفادها : أن مبدأ المساواة لا يعتبر منتهكاً في حال ما إذا منح القانون لشخص ما يستحقه حسب صفاته أو أهليته الخاصة[5].

أما بالنسبة للقضاء فموقفه حالياً صريح، وإن كان مفهوم المساواة بطبيعته صعب الفهم.

---

[1] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص212.

[2] المرجع السابق، ص212.

[3] المرجع السابق، ص213.

[4] حكم مجلس الدولة اليوناني، رقم 2175، لعام 1947.

[5] حكم مجلس الدولة اليوناني، رقم 1697، لعام 1948.

وفي الحقيقة إن مسألة معرفة متى يكون تقرير الحقوق والالتزامات من قبل القانون ينشئ عدم المساواة، هذه المسألة تبقى مسألة واقع وهي غامضة ومتروكة لتقدير القضاء[1].

بقي علينا أن نعلم ما إذا كانت الحماية الممنوحة للمواطنين استناداً إلى هذا المبدأ، ذات فعالية حقيقية أم إن هذا التألق ruyonnent السالف الذكر يغرق مجدداً في ظلامية التوجيهات الدستورية[2].

وحقيقة الأمر أنه أياً كان المبدأ الدستوري المتضمن أن المواطنين متساوون أمام القانون، فهو يشكل دائماً بالنسبة للإدارة قيداً قانونياً على ممارسة السلطة التقديرية وفي الوقت نفسه يرفض كل ممارسة غير قانونية لهذه السلطة، وإن تجاوز ذلك يبرر في كل لحظة إلغاء القرار الموسوم بهذا العيب[3].

هذا القيد ينشأ حقاً ذاتياً droit subjectif للفرد في مواجهة الإدارة لدى ممارسة السلطة التقديرية، ولأن تطبيقاً للقانون على الأشخاص بصورة غير متساوية خلافاً لم يقرره الدستور لا يمكن أن يكون موضع تسامح[4] tolerée، لا سيما أن السلطة التقديرية يجب أن تمارس بصورة موحدة uniforme وفي جميع الحالات المتماثلة، وكيما تعتبر الحالات المفروضة متماثلة، لا يشترط أن يكون

---

[1] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص213.

[2] المرجع السابق، ص213.

[3] حكم مجلس الدولة الفرنسي في 1951/11/23، قضية Moujez.

[4] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص213.

التماثـل مطلقـاً complète absolement uniformite ونموذجيـاً schematique، بل يشمل فقط تلك العناصر المقصودة من القانون[1].

لقـد ذكرنـا أن الباعـث القـانوني لوجـود القـرار التقـديري يمكـن أن يصـبح بالتعميم قاعدة قانونية، وهذا التعميم قاعدة قانونية، وهذا التعميم يتم آلياً إذا ما مارست الإدارة هذه السلطة بصورة موحدة ومتسـاوية في جميـع الحـالات المتماثلة متجنبة تأسيس قراراتها على أسباب عرقيـة symptometique وغير منطقيـة un consequent[2].

وبالمقابل إذا ما فسرت الإدارة مفهوماً غامضاً كالمصلحة العامة تارة بمعنـى، وتـارة أخـرى بمعنـى آخـر، فهـي بـذلك تتجـاوز حـد المسـاواة وتنشـئ عمـلاً غـير مشـروع لسلطتها التقديرية، متصرفة بذلك خلافاً لروح القانون[3].

2- تطبيقات مبدأ المساواة:

يجب أن نميز هنا بين القرارات اللائحية والقرارات الفردية:

أ- فيما يتعلق بالقرارات اللائحية، يمكننـا التسـاؤل عمـا إذا كـان ينطبـق عليهـا مبدأ المساواة.

لقد قلنا سابقاً أن حرية المشرع لا تعني السـلطة التقديريـة، والأمـر نفسـه بالنسـبة للقرار اللائحي الذي يصدر بناء على دعوة من المشرع[1].

---

[1] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص214.

[2] المرجع السابق، ص214.

[3] المرجع السابق، ص214.

فإذا ما تضمن القانون بأن تنظيم مرفق ما يتم بواسطة لوائح الإدارة العامة فالحرية التي تتمتع بها الإدارة في استعمال هذا التفويض ليست إلا تلك التي يتمتع بها المشرع، وليس هنالك السلطة التقديرية، بل حرية تشريعية لا تخضع لرقابة القضاء، اللهم إلا فيما يتعلق باحترام الحدود المفروضة بالقانون.

وهنالك حالات أخرى تترخص الإدارة بموجبها في اتخاذ إجراءات عامة، أي لوائح لتأمين مثل هذا الهدف أو ذاك المنصوص عنه في القانون كما في حال اتخاذ الإجراءات الضرورية للحفاظ على الصحة العامة[2].

هنا فالسلطة الممنوحة توشك أن تكون مختصة بإصدار قرار تقديري[3]، وإن مثل هذا القرار اللائحي يخضع فيما يتعلق بتحقيق الهدف، وفيما إذا كان يخدم بفعالية المفهوم المقصود من القانون يخضع إلى الإجراءات الضرورية mésures nécessaires[4].

انطلاقاً من وجهة النظر هذه، فقد ميز الفقه الألماني بين اللائحة الحرة réglementaire libre وبين اللائحة المقيدة[5] reglémentaire liée، في الحالتين فالقاعدة القانونية التي يتضمنها القرار اللائحي تخضع إلى قيد المساواة بالقدر ذاته الذي يخضع له القانون نفسه.

---

[1] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص214.

[2] المرجع السابق، ص214.

[3] المرجع السابق، ص214.

[4] المرجع السابق، ص214.

[5] المرجع السابق، ص214.

ب- أما تطبيق مبدأ المساواة على صعيد القرارات الفردية فهو يبدو أكثر صعوبة.

وبالفعل إذا كان هنالك قرار لائحي قد اخترق هذا المبدأ، فالتجاوز بصورة عامة يكون واضحاً، في حين أن اختراق المبدأ المذكور في إطار القرار الفردي ليس واضحاً في جميع الأحوال، وهنالك مجال للبحث عن هذا التجاوز في الحالات الآتية:

1- إذا ما مورست السلطة التقديرية بقرار واحد وفي حالات متعددة، فهنا يوجد لدينا قرار فردي متعدد acte individuel multiple، أي اجتماع cvmul قرارات فردية[1].

فالإدارة مثلاً تقرر إجراء الترقية بالاختبار ما بين عشر مرشحين، هنا القرار المتضمن للترقية يتحلل إلى عشرة حالات لممارسة السلطة التقديرية[2].

والتحقق من تطبيق مبدأ المساواة في حال حدوثه ليس صعب فمثلاً إذا تطلب القضاء بأن المعيار المستخدم هو واحد بالنسبة لجميع المرشحين، فالعنصر الذي اعتبر كاستبعاد ترقية أحدهم يجب أن يؤدي إلى النتيجة نفسها بالنسبة للآخرين. فإذا كانت عقوبة تأديبية فرضت على أحد المرشحين دون أن تشكل مانعاً للترقية، فيجب أم يطبق ذلك على جميع الحالات الأخرى[3].

وفيما يتعلق بالسلطة التأديبية، إذا ما اعتبرت حالة معينة مبرراً تأديبياً بالنسبة لأحدهم، فلا يمكن أن تكون شيئاً آخر بالنسبة للآخرين[4] وهذا ما تسميه

---

[1] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص214.

[2] المرجع السابق، ص214.

[3] حكم مجلس الدولة اليوناني، رقم 905، لعام 1932، ورقم 951، لعام 1935.

[4] حكم مجلس الدولة اليوناني، رقم 731 لعام 1949.

« مـــع الـــتحفظ بالنســـبة للملابســـات الخاصـــة» لتقـــدير الموحـــد appreciation uniforme[1].

2- إذا مارست السلطة الإدارية سلطتها التقديرية ليس على المنوال نفسه، وإنما بصورة متعاقبة وفي حالات متعددة، فهل هي ملزمة بأن تجري ذلك دائماً على هذ المنوال[2].

إن مفهوم الإدارة الحسنة يرتب أن يكون الجواب بالإيجاب، وهذا ما هو موضع إقرار القضاء.

ومما لا شك فيه أنه لا أحد يستطيع أن يحظر على الإدارة أن يكون لها في لحظة معينة، رأي مخالف كما هو متبع بالنسبة لحال معينة، وذلك منذ اللحظة التي تقدر فيها بأن قرارها الأول خاطئ[3].

إن تبدل العمل الإداري حول مسألة تتعلق بالسلطة التقديرية ليس مسموحاً به، وإنما يفترض صحته لأنه وحتى إثبات العكس يجب أن نقتنع بأن كل تغيير لتصحيح الخطأ يجب أن يتكرر وهذا التكرار لا يعتبر غير مشروع وكل ما هنالك ضرورة التسبيب[4].

---

[1] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص215.

[2] المرجع السابق، ص215.

[3] حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 1935/6/17، في قضية ass des eroip de fieu.

[4] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص216.

إن تبدلاً مفاجئاً يحدث على العمل الإداري أو على التحولات المتكررة لا يقتضي سبباً هاماً أو وثائق تقدم إلى الملف هذا التبدل المفاجئ لا يشكل تجاوزاً لمبدأ المساواة الذي يلزم أنه في الشروط المتماثلة يجب أن يطبق بطريقة موحدة[1].

ومن جهة أخرى إذا كان التبدل في العمل الإداري والاستعمال الموحد للسلطة التقديرية استهدف أن ينشئ مزية unfaveur أو مضرة disgrace فهو يتعلق بمفهوم الانحراف بالسلطة وهو عيب متميز جداً وينشأ عن اختراق قيود السلطة التقديرية[2].

ومن المفيد أن نؤكد أن الرقابة على المساواة لا علاقة له بموضوع تقدير السلطة الإدارية، أي بالملاءمة الصرف والبسيطة للقرار opportunite pure et simple بالنسبة للقرار.

والقاضي ليس له إلا أن يجري مقارنة على الاستعمالات التي تنشأ من ممارسة السلطة التقديرية في حين أن النتيجة التي تنشأ هي بمنجاة عن رقابته.

وفي النتيجة فالرقابة على المساواة ليست إلا رقابة على الحدود[3].

---

[1] حكم مجلس الدولة اليوناني، رقم 343 لعام 1938.

[2] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص216.

[3] المرجع السابق، ص216.

الانحراف بالسلطة

نحن ندرج عادة الانحراف بالسلطة بين العيوب التي تنشأ لدى ممارسة السلطة التقديرية.

وتجد تفسير ذلك بأن مجلس الدولة الفرنسي فحص للوهلة الأولى السلطة التقديرية منطلقاً من هدف محدد.

وهنالك مجال للتمييز بين الانحراف بالسلطة والعيوب المتعلقة بممارسة السلطة التقديرية.

وهذا التمييز يسير استناداً إلى واقع أن قضاء مجلس الدولة صنف بصورة شكلية الانحراف بالسلطة بين طرق إلغاء القرارات الإدارية: (عدم الاختصاص – عيب الشكل – تجاوز القانون – الانحراف بالسلطة).

وفي الحقيقة يعتبر القرار الإداري مرتكباً عيب الانحراف بالسلطة إذا حمل بنفسه كل عناصر الشرعية، ولكنه استهدف هدفاً يختلف بصورة ظاهرة manifestement عن الهدف المنصوص عنه في القانون.

وبناء على ذلك فلا توجد سلطة تقديرية بالنسبة لهدف القرار[1].

وفي النتيجة، فالانحراف بالسلطة لا يمتزج مع العيوب المذكورة أعلاه التي يمكن أن تنشأ خلال ممارسة السلطة التقديرية، لأن كافة هذه العيوب تفترض وجود السلطة التقديرية.

---

[1] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص217.

وبصورة عامة نستطيع القول أن الانحراف بالسلطة يختلف عن العيوب التي تنشأ من ممارسة السلطة التقديرية بطبيعتها نفسها التي تشمل بالضرورة عنصراً ذاتياً.

هذا العنصر حدا بعض الفقهاء لاعتبار الانحراف بالسلطة عيباً له طبيعة أخلاقية: un vice de nature morale هذا التشبيه مرفوض لأنه لا علاقة لعيب الانحراف بالسلطة الحقيقية كون منشئ القرار يتصرف بقصد سيء وغير أخلاقي[1].

ومع ذلك فإن ممارسة السلطة التقديرية في حال الانحراف تجد مجالها ضمن الحدود القانونية والقاضي يجد نفسه في استحالة أن يبطل القرار على أساس تجاوز هذه القيود وهو مع ذلك ملزم بأن يبت فيما إذا كان القرار قد صدر بهدف غريب من القانون.

ولا ريب أن لكي يكون هنالك مجال للانحراف فلا غنى لنا عن التأكيد بأن القرار استهدف غايات ضارة للمرفق العام[2].

إذاً فالقاضي في ممارسة الرقابة على الانحراف لا يفحص ما إذا كان قد تم التجاوز على قيود السلطة التقديرية أو العكس، بل إن قصده محمول على شرعية الهدف[3] légalité de la destination.

---

[1] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص217.

[2] حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 22/3/1901، قضية roz.

[3] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص217.

وتجدر الإشارة إلى أنه منذ اللحظة التي يتأكد فيها للقضاء أن الهدف غير القانوني جلي وواضح، منذ ذلك فهذه الرقابة تكون من الوجهة العملية ذات مضمون مقيد جداً.

والتمييز في أغلب الحالات بين الانحراف والاستعمال غير العادي للسلطة التقديرية، يكون سهلاً، ولكن التمييز يصبح صعباً جداً عندما «وبصورة موازية للاستعمال غير العادي» يوجد عنصر ذاتي أي عندما تتجاوز الإدارة الحدود القصوى لسلطتها التقديرية، أو تتجنب تسبيب قرارها بصورة تامة، لأنها تستهدف غاية غير مشروعة[1].

في هذه الحالات فإن الإبطال بسبب الممارسة غير المشروعة للسلطة التقديرية يجب أن يسبق عيب الانحراف، لأن الانحراف يفترض أن القرار مشروع من كافة وجهات النظر فيما عدا الانحراف[2].

ومنذ اللحظة التي يتجاوز فيها القرار الحدود القصوى للسلطة التقديرية، فهو ليس مشروعاً ويجب أن يبطل لهذا العيب نفسه، أما عيب الهدف أي عيب الانحراف فيجب أن يهمل.

إن تجاوز الحدود القصوى للسلطة التقديرية قد يجتمع مع الانحراف بالسلطة، ولكن الإبطال ينطق بسبب تجاوز حدود السلطة التقديرية[3].

---

[1] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص218.

[2] المرجع السابق، ص218.

[3] المرجع السابق، ص218.

إن نظام الرقابة الممارس على السلطة التقديرية «وفقاً للمبادئ المذكورة الآن» هو نتيجة المفهوم الحر لمفهوم عدم الشرعية، كما هو مقبول من قبل القضاء الإداري.

إن الاستعمال المعيب للسلطة التقديرية يؤدي إلى إبطال القرار، وهذا ما ينطق به مجلس الدولة.

ولكن القضية تطرح لجهة معرفة ما إذا كانت المحاكم القضائية في فحصها لشرعية القرار، وفي مسألة أولية préalable يمكنها أن تعتبره باطلاً بسبب هذا العيب[1].

فيما يتعلق بالانحراف بالسلطة، الذي هو عيب يمس ليس موضوع القرار، وإنما الهدف منه يجب أن تسلم بأن مجلس الدولة يمكنه فقط أن يأخذ بعين الاعتبار هذا العيب كي ينطق بإبطال القرار الذي يخضع لرقابته.

هذا الرأي يتعارض مع مبدأ آخر أنشأه القضاء والمتضمن أن الانحراف بالسلطة ليس سوى صيغة من عدم الشرعية وتشكل حالة من بطلان القرار حتى إذا لم ينص عن هذا العيب بالقانون.

وفي النتيجة، فالعمدة يمكنه أن يبطل قرار المجلس البلدي بسبب الانحراف بالسلطة وإن كان القانون المتعلق به لا يُخضع بطريقة رسمية هذا العيب إلى الرقابة التي تمارس بعض الوصاية الإدارية[1].

---

[1] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص218.

ومن جهة أخرى، فالمحاكم القضائية ترفض عادة بأن تجد فحص الشرعية على القرارات الإدارية خارج تجاوز القانون بالمعنى الضيق[2].

وفي مواجهة هذا المبدأ، فالمحاكم القضائية تتجاهل عادة عيب الانحراف وتشمئز من التعامل معه.

ففي اجتهاد المحاكم القضائية للدول الاسكندنافية، يمكن أن نواجه بعض الحالات التي يخضع بها عيب الانحراف للرقابة لكنها حالات تختلط مع العيوب الأخرى لممارسة السلطة التقديرية حسب الاتجاه المماثل الذي سبق إظهاره في الفقه الألماني.

أخيراً فقضاء محاكم الدول المتحدة Etats-unis في تأكيد المبدأ المتضمن أن أسباب قرار عام لا يخضع إلى أية رقابة[3]، هذا القضاء يفحص في بعض الحالات وبصورة استثنائية ما إذا كان منشئ القرار ليس ذو نية سيئة أو قائمة على الغش[4].

فيما يتعلق بالعيوب التي تشكل الاستعمال غير العادي للسلطة التقديرية يمكن أن نشير إلى اتجاه قضاء مجلس الدولة في بحث الخطأ المرفقي كي يجد فيه أساساً للمسؤولية المدنية للدولة.

---

[1] حكم مجلس الدولة اليوناني، رقم 12، لعام 1930، ورقم 75، لعام 1932.

[2] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص219.

[3] المرجع السابق، ص219.

[4] المرجع السابق، ص220.

إن الخطأ المرفقي ليس على الأغلب إلا نتيجة استعمال غير عادي للسلطة التقديرية.

وهكذا فقد أكد duez «وهو على حق» بأن الخطأ يتحلل إلى عدم الشرعية التي تعيب القرار المسبب للضرر، وإن الرقابة على التأخير الإداري هو بالضرورة مسبوق برقابة مباشرة تتعلق بممارسة السلطة التقديرية[1].

إن القضاء الألماني هو أيضاً توجيهي وهكذا فإن مجلس الدولة الألماني أقر أحياناً بأن المحاكم القضائية لا يمكنها أن تبحث سبب القرار الإداري ولا ملاءمته أو هدفه[2].

ويمكن أن نشير إلى ثغرة في هذا المبدأ وهذا ما يتضح من القرار المتضمن (إذا كان هنالك موظف «وهو مخول بسلطة تقديرية» قد أصدر قراراً متحكماً arbitraire بصورة واضحة، أو أي قرار آخر لا يمكن لموظف مخلص أن يصدره، فالمحكمة القضائية تستطيع أن تتحقق عن هذا الخطأ لكي تعلن عن مسؤولية الدولة مدنياً عن هذا القرار تجاه الفرد)[3].

---

[1] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص220.

[2] المرجع السابق، ص220.

[3] المرجع السابق، ص220.

وهذه الثغرة نجدها بصورة أوسع في قرار آخر، أقر بأن المحاكم العادية لا تستطيع أن تفحص ما إذا كان القرار التقديري لا يتفق مع مفهوم الإدارة العادية[1] .

ذلك أنه في مجال السلطة التقديرية هنالك تقدير الوسائل المناسبة لتأمين هدف قانوني، ولكن الإدارة العادية تستلزم أن يكون هنالك تناسب بين الهدف والوسيلة propostion، ومن ثم فإن اختيار الوسيلة غير المبررة بالهدف القانوني يشكل استخداماً غير عادي anormale للسلطة التقديرية[2] .

ولقد أقر القضاء الإيطالي المتفق مع الفقه حقيقة أن القانون الذي يمنح جهة الإدارة السلطة التقديرية لا يمنع المحاكم العادية التي تنظر في دعوى تعويضية بشأن تفحص ما إذا كان مصدر القرار الإداري المسبب للضرر قد مارس سلطته التقديرية في حدود العناية diligence والـ prudence الأساسية التي يفرضها مبدأ nemimen[3] .

إن قضاء المحاكم العادية اليونانية لا يقدم أي مثال عن الرقابة على السلطة التقديرية، وأن البحث أحياناً عن الخطأ المؤسس للمسؤولية المدنية للدولة، هذا البحث يدفع أحياناً هذه المحاكم بأن تجري بطريقة غير مستحسنة الرقابة على السلطة التقديرية.

---

[1] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص220.

[2] المرجع السابق، ص220.

[3] المرجع السابق، ص220.

والآن، فنحن نستطيع أن نطرح المسألة النظرية لمعرفة ما إذا كانت المحاكم غير مجلس الدولة تستطيع «أو هي ملزمة» بأن تفحص بصورة عارضة incidement عيب الانحراف بالسلطة، والاستخدام غير العادي للسلطة التقديرية.

ولما كانت هذه العيوب ليست إلا صيغاً لعدم الشرعية فنحن ملزمون بأن نسلم بأن كافة المحاكم يجب أن تنظر في الدعوى وتبطل كل قرار معيب بذلك[1].

إن البحث عن عدم شرعية القرار الإداري مهمة تقع على عاتق القضاء الإداري بقدر وقوعها على عاتق أن قضاء آخر يمنح هذا الاختصاص من قبل القانون.

إن مفهوم عدم شرعية القرار الإداري يجب أن تتصور بطريقة موحدة من قبل كافة السلطات والمحاكم في الدولة الواحدة لأنه من غير المناسب من الوضعية القانونية قراراً إدارياً يعتبر غير مشروع من قبل محكمة ومشروعاً من قبل أخرى.

هذا المبدأ سهل التطبيق إذا كانت المحاكم التي لها ولاية القضاء الكامل ترتبط بمجلس الدولة أو المحاكم الإدارية – كما توصلت إليه فرنسا[2].

لكن الدول التي تتمتع بها المحاكم القضائية بدور قاضي القانون العام fuge du droit commun في مسائل القضاء الإداري الكامل، هذه المحاكم

[1] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص221.

[2] المرجع السابق، ص221.

تتجنب غالباً أن تجري رقابتها عن الانحراف بالسلطة أو على الاستعمال غير العادي للسلطة التقديرية[1].

وأحياناً فهي تتجنب الرقابة على الخطأ في الواقع، معتبرة التحقق من الوقائع constatation des faits مسألة متروكة للسلطة الإدارية، ولا يمكن أن تخضع لرقابة القاضي[2].

ويجب مع ذلك على المحاكم العادية أن تتبنى بالتدرج نظام بطلان القرارات الإدارية كما هو متبع لدى قضاء مجلس الدولة بحيث يكون هذا النظام موحداً من قبل كافة المحاكم.

لكن يجب ألا يؤدي إلى خديعة: لأن لغة التعامل يجب أن تعرض لمدة طويلة، ويجب أن تتوقع بعض التناقض في تطبيق هذا النظام أثناء المرحلة الانتقالية حتى يتم تبنيه بصورة كاملة من قبل القضاء العادي.

---

[1] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص221.

[2] المرجع السابق، ص221.

البدل المالي

لا بد من ملاحظة تزجيها قبل الدخول في تحليل ظاهرة البدل المالي، هذه الملاحظة هي أننا آثرنا إدراج هذا الموضوع في البحث المتعلق بإنشاء الرخصة، على اعتبار أن هذا الإنشاء ينطوي على تحديد البدل المالي كعنصر من عناصر الرخصة.

ولكن ما طبيعة هذا البدل الذي تأخذه الإدارة، وهل له طبيعة خاصة يمكن تعميمها على كافة صيغ الرخص، أم أن هذا البدل متعدد الأطياف والألوان تبعاً للمجال الذي يعمل به أو الغرض الذي يستهدفه؟.

يمكن الإجابة عن السؤال الأول بالنفي والتدليل بأكثر من سياسة مالية للرخصة لسبب بسيط هو اختلاف طبيعة الرخصة من مجال لآخر من مجالات القانون الإداري، وعلى اعتبار أن البدل المالي يدور في فلك الرخصة وليس هدفاً لذاته.

على هذا الأساس يتضاءل دور البدل المالي في مجال الضبط الإداري على اعتبار أن الغاية هنا تتحدد في الحفاظ على الاستقرار العام ليس إلا.

والأمر نفسه بالنسبة للانتفاع العام من المال العام، فهذا الانتفاع يرتقي إلى حد الحريات العامة، ولا يحتاج إلى إذن سابق من الإدارة، وهو يتم دون مقابل لأنه لا يخرج عن استعمال المال فيما أعدله.

حتى لو فرضت الإدارة فريضة مقابل هذا النوع من الانتفاع، فهذه الفريضة واحدة بالنسبة للجميع بسبب السمة الموضوعية التنظيمية[1].

وعلى خلاف الانتفاع العام من المال العام، فالأصل في الانتفاع الخاص أنه بمقابل لأنه ينطوي على حرمان الغير من الانتفاع، وعلى استعمال المال في غير ما هي له، ولأنه كثيراً ما يكون موضع فائدة مادية لصاحبه.

ومع ذلك «وكما قلنا سابقاً» فالأصل أن يكون الاستخدام العادي للدومين العام (المال العام) مجانياً، ولكن من الممكن أن يودي إلى جمع ضريبة بشرط توافر إحدى الحالتين الآتيتين[2]:

1- أن تصيب هذه الضريبة جميع المواطنين على السواء أعمالاً لمبدأ مساواة الجميع أمام الضرائب.

2- وإما أن يصيب فقط هؤلاء الذين يستخدمون الدومين العام، بما يطابق تخصصه إذا كان هذا الاستخدام استثنائياً بسبب مدته أو عدم ضرورته أو أن يجلب للمرخص ميزة خاصة، وفي هذه الحال يجب أن يكون العائد متفقاً مع أهمية شغل الدومين العام.

إذن هنالك أكثر من موقع يتموضع به البدل ليلون المجال الذي يعمل به، وعلى هذا فنحن لا نقر تسمية هذا البدل بالجعل والضريبة حتى ولو كان اللفظ يدلل

---

[1] حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر 1918/5/18، قضية faurens، داللوز 1927، القسم الثالث، ص65، مع مذكرة مندوب الحكومة Rivert وتعليق Waline، وحكمه الصادر في 1930/6/10، قضية Despujol، المجموعة سنة 1930، ص30.

[2] د. محمد عصفور: الضبط الإداري، ص336.

بسكون البدل فريضة وذات سمة آمرة[1]، لا نقر بذلك بسبب وجود تراخيص يقوم على أساس الأجر كما هي الحال في الترخيص العقدي[2].

إذاً فقولنا إن البدل هو (جعل) لا يكفي، وإنما يجب تحديد طبيعته، وهل هو رسم أم ضريبة أم أجراً؟.

وحقيقة الأمر أن الضريبة فريضة مالية تحصل عليها الدولة إجبارياً من الأفراد لتحقيق منفعة عامة من غير أن يكون دفعها نظير مقابل معين[3].

أما الرسم فهو تلك الفريضة الجبرية التي يدفعها الفرد نظير خدمة معينة تؤديها الدولة[4].

على هذا الأساس يرى بعض الفقهاء أن البدل المفروض على الأفراد لقاء الانتفاع بالمال العام، هذا البدل هو رسم tax[5].

---

[1] هذا هو رأي الدكتور جرانه: حق الدولة والأفراد على الأموال العامة، ص303، وانظر د. طعمية الجرف: القانون الإداري- دراسة مقارنة في تنظيم ونشاط الإدارة العامة، ص7116، حيث يعتبره مقابلاً مالياً خاضعاً للجباية.

[2] د. عبد الفتاح حسن: مبادئ القانون الإداري، ص523.

[3] د. محمد حلمي مراد: مالية الدولة، 1964، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، 137.

[4] د. الطماوي: مبادئ القانون الإداري، ص626.

[5] كتابه مبادئ القانون الإداري، ص322.

وهذا ما أكده الدكتور "عبد الفتاح حسن" مضيفاً ضرورة تحديد نشأته مقدماً تحقيقاً للمساواة بين المنتفعين، وعلى أن يراعي في تقديره النتيجة الإيجارية للمال والمكاسب التي سوف تعود على المرخص له[1].

وهذا هو رأي القضاء في مصر[2] وفرنسا[3].
هذه الطبيعة العامة للبدل المالي تقتضي أن يحدد بأداة موضوعية أي وفقاً للأسس عليها أي بقانون أو لائحة وفقاً للأسس المنصوص عليها في النظام القانوني، وهذا ما قام به المشرع المصري «على سبيل المثال» في القانون رقم 140 لسنة 1956 فيما يتعلق بأشغال الطرق، حيث نص على عدم جواز القيام ببعض الأعمال في الشوارع أو شغلها بالمهمات والأدوات إلا بترخيص خاص وبعد دفع رسم معين[4]، وهذا هو رأي الفقه الفرنسي[5].
أما إذا كان الإشغال خاصاً، فهذا البدل أجر لسبب بسيط هو أنه قد يكون وليد العقد، هذا فضلاً عن أن إشغال للأموال العامة، «وبعد التطور العميق في الحياة الاقتصادية» قد يأخذ طابع المشروع الذي يدر فائدة كبيرة على المرخص له، لا سيما بعد ظهور ملكيته الدولة لمالها العام[6].

---

[1] حكم محكمة النقض الصادر في 1942/11/13، المجموعة الرسمية، سنة 1946.

[2] حكم رقم 78، ص142.

[3] مجلس الدولة الفرنسي: 1936/3/27، وقد أشار إلى هذا الحكم د. محمد فؤاد مهنا.

[4] د. محمد فؤاد مهنا: القانون الإداري العربي في ظل النظام الاشتراكي الديموقراطي التعاوني، ص745.

[5] Fueicu jausse: les traîts principal du règime des biens du domains publie 138,p284.

[6] د. جرانه: حق الدولة والأفراد على الأموال العامة، ص303.

أجل كان القضاء في فرنسا لا يسمح بإقالة الترخيص إذا أحمل الأمر على دوافع مادية أو مصالح مالية ولكن غلبة الاعتبارات الاقتصادية، وظهور فكرة ملكية الدولة لمالها العام زحزحا القضاء عن تصلية الأول فما يسمح بالإقالة التي تدفع إليها دواعي المصلحة العامة سواء تعلقت بإعادة تهيئة المال العام[1] أم تنظيم المرافق العامة أم باحترام ما تكون الإدارة قد أبرمته من تعهدات[2].

تعليق منح الرخصة الإدارية
على التنازل عن بعض الحقوق لطالب الترخيص

كثيراً ما يخضع القانون الاختصاص لجهة الإدارة على سبيل التقييد liée وليس التقدير discretionnaire ومع ذلك فالإدارة تتسلب في ممارسة اختصاصها معلقة ذلك على شرط تنازل صاحب المصلحة interessé عن بعض الحقوق لصالحها.

والأمثلة على ذلك كثيرة ومتعددة منها على سبيل التعداد لا الحصر عدم الترخيص بالتمديدات الكهربائية إلا إذا تنازل طالب الترخيص عن غرفة في البناء موضوع الترخيص لمؤسسة الكهرباء ومن ذلك أيضاً عدم إعطاء رخصة البناء دون التنازل عن حقوق مالية متأتاة عن شق الطريق واقتطاع جزء من العقار موضوع الرخصة وغير ذلك من الأمور.

---

[1] المرجع السابق، ص303.

[2] مجلس الدولة الفرنسي: 1932/9/6، Taillandiers، داللوز، 1932، القسم الثالث، ص18، وبها مذكرة مندوب الحكومة Rousselier، وتعليق Duelos.

وما هو خارج عن نطاق الجدل تعدد حالات لجوء جهة الإدارة إلى مثل هذه الأمور لسبب بسيط هو أن تلك الحالات لا تعدو أن تكون خبزنا اليومي وهواءنا الذي نتنفسه ونتعامل معه ونتلمسه ونقاربه بسبب طبيعة مهنتنا .

ويهمنا في هذا المقام «وفي الدرجة الأولى» أي القضاء في قطرنا العربي وبقطبيه العادي والإداري، وهكذا سنعرج بداءة إلى رأي القضاء ثم نردف ذلك ونعقبه بوضع المسألة في موضعها السليم مقومين الموضوع مقدرين مدى سلامته من ناحية الملاءمة opportinite إلى جانب موافقته لكتلة الشرعية.

وفيما يلي بعض الأحكام القضائية المتعلقة بالموضوع:

- حكم محكمة النقض في سوريا رقم 376 الصادر في 1977/4/2 أساس 249 مدني/51/والذي ملخصه: يحق للبلدية تعليق منح ترخيص بإشادة بناء على تقديم صاحب العلاقة تعهداً بعدم الرجوع عليها بالتعويض عن الضرر الذي قد ينجم جراء استملاك هذا البناء أو هدمه تنفيذاً لمخطط تنظيمي، وإن التعهد المشار إليه لا يكون من قبيل التبرع حتى يمكن عده باطلاً لوقوعه على شيء مستقبل، أو من قبيل التنازل عن الحق قبل ترتبه واكتسابه، لأنه جاء بمقابل، وهو منح الترخيص بإشادة البناء، وإنما هو من قبيل الالتزام بشيء مستقبل.
- حكم محكمة النقض رقم 376 أساس مدني 249 الصادر في 1977/4/2 والمنشور في مجلة المحامين لعام 1977 قاعدة رقم 260.

وهذا الحكم لا يختلف في روحه ومبناه عن الحكم السابق لذلك نكتفي بالتدليل والإحالة إلى مظانه.

- حكم محكمة النقض رقم 34 في القضية رقم 231 لعام 1986 الصادر في 1986/3/31 والمنشور في مجلة المحامين لعام 1987 قاعدة رقم 7 والذي نجتزئ فيه: للمالك الحق في الطالبة بمنح الترخيص بالبناء على موجب المصورات النافذة، ومصورات الوجائب في الأقسام التي يسمح بالبناء فيها من العقار، دون أن يحق للإدارة أن تغلق منح هذا الترخيص على شرط قيام التنازل مسبقاً عن الأقسام غير المخصصة مجاناً، مادام أن الاقتطاع إنما تحكمه النصوص التشريعية الصادرة بهذا الشأن.
- حكم محكمة النقض رقم 209 في القضية رقم 1323 لعام 1981 الصادر في 1983/3/8 والمنشور في مجلة المحامين لعام 1983 قاعدة 298، والمضمن: أن خضوع عقارات لأحكام قانون تنظيم وعمران المدن رقم 9 لعام 1974 يعطي الحق للبلدية بتخصيص ثلث مساحات العقارات للطريق والساحات والحدائق والمشيدات العامة، ويقتطع مجاناً وأن تزيد النسبة المجانية المقتطعة حتى النصف، لهذا فإن إلزام البلدية أصحاب العقارات بتقديم سند تنازل عن مساحة هي دون النصف، وتعليق الرخصة بالبناء على تقديم سند التنازل، غير مشوب بعدم المشروعية، كما لا يعتبر مشوباً بالإكراه، على ما هو عليه قضاء محكمة النقض في حكمها رقم 171 لعام 1978.
- حكم المحكمة الإدارية العليا في دمشق رقم 449 لعام 1989 في القضية رقم 58 لعام 1989 الصادر في 1989/12/18 والمنشور في مجلة المحامين لعام 1989 قاعدة رقم 239 وقد تضمن ملخصاً – هذا القرار ما يلي:

لا معنى من إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل الشروع في إجراءات طلب الرخصة وذلك بإلزام الإدارة بأن تعيد إلى الجهة المدعية المساحة البالغة 238 متر مربع

التي اضطرت إلى التنازل عنها بموجب العقد الجاري أمام الدوائر العقارية بتاريخ 1984/5/13 تمهيداً لمنح الرخصة، كما تلتزم الإدارة المدعى عليها أيضاً بأن تعيد إلى الجهة المدنية رسوم الترخيص التي دفعتها ابتغاء الحصول على الترخيص مدار البحث الذي بدا أنه من المتعذر منحه.

ومن حيث أنه في هدى ما تقدم يكون طعن جهة الإدارة في محله، كما يكون الحكم الطعن مستوجب الإلغاء تمهيداً للقضاء برفض الدعوى.

هذا وننوه استطراداً بأن محكمة القضاء الإداري «الملغى قرارها» كانت قد أصدرت حكمها رقم 117 تاريخ 1986/3/27 في القضية رقم 1004 لسنة 1986 والقاضي بأحقية الجهة المدعية في الحصول على الترخيص بالبناء على المحضر ذي الرقم 48 من منطقة جوبر العقارية وفقاً للمخططات والمصورات الإنشائية.

كما ننوه أيضاً بأن المحكمة الإدارية فحصت شروط الترخيص فوجدتها غير متوفرة وهكذا لم يكن أمام المحكمة الإدارية العليا إلا إعادة الحال إلى ما قبل الترخيص وهو استنباط وتخريج سليم طالما أن هنالك السلطة مقيدة بشروط موضوعية محددة لمنح الرخصة وهذه الشروط لم تتوفر في موضوع الدعوى.

حكم محكمة النقض رقم 129 الصادر في 1982/3/29 في القضية رقم 2832 المنشور في مجلة المحامين لعام 1982 قاعدة 546 وقد تتضمن هذا القرار ما يلي:

إلزام أصحاب العقارات بتقديم سند بالتنازل عن مساحة معينة وتعليق الرخصة بالبناء على تقديمه في سبيل تفادي منازعات مستقبلية غير مشوب بعيب المشروعية وهو من خلال وجهة النظر هذه لا تعتبر عملاً إكراهياً يتوفر فيه بعث

سلطان الرهبة في النفس دون حق على الموجه المقرر في المادة 128 من القانون المدني وهو على نحو يرتب إبطال العقد .

ذلك أنه من حق صاحب العلاقة أن يعزف عن تقديم التنازل المطلوب منه وأن يسعى إلى المراجعة القضائية بشأن القرار الإداري الذي قضى برفض إعطاء الرخصة بالبناء.

وأضافت هذه المحكمة قائلة: وحيث أن مقتضيات التخطيط العمراني هي التي تقتضي الإلزام بالتنازل المجاني ويعتبر مبدأ مشروعاً على اعتبار أن التفويض من أجله يقابله التحسين الطارئ على العقار نتيجة تنفيذ المخطط بإنشاء أو توسيع الطريق.

وفي نظرنا أن هذا الحكم صاغ معادلة غير متوازنة الحدين، لسبب هو أن منح الرخصة يخضع لمعيار ثابت ومحدد لجهة الرسم في حين أن الاقتطاع والتحسين عنصران قلقان وزئبقيان وبالتالي كيف يمكن الكلام عن عنصر متذبذب كبديل لعنصر ثابت ألا وهو المقابل المالي للترخيص.

حكم محكمة النقض في سوريا الصادر في 1986/3/31 برقم 34 القضية رقم 231 لعام 1986 هذا الحكم المنشور في مجلة المحامين لعام 1987 قاعدة رقم 7 والمتضمن: للمالك الحق في المطالبة بمنح الترخيص بالبناء في الأقسام التي يسمح فيها من العقار دون أن يحق للإدارة أن تعلق منح هذا الترخيص على شرط قيام التنازل سلفاً عن الأقسام غير المخصصة مجاناً ماد دام أن الاقتطاع إنما تحكمه النصوص التشريعية الصادرة بهذا الشأن.

ويتضح من الحكم الأخير أن هذا الحكم يشجب أي تنازل عن الأقسام غير المخصصة مجاناً في حين أن الحكم السابق أجاز التنازل كبديل مكافئ للتحسين الذي يطرأ على العقار وإن هذا التحسين يختلف من حال لآخر.
وعلى ضوء ما تقدم نقوم بتحديد الأحكام العامة الخاصة بإعطاء الرخصة ثم نعقب على ذلك بتقويمنا لهذا التنازل على ضوء الأسس العلمية والفنية.

مبدأ روح المجال:

أو بالأصح ضميره ونفسه الذي يسري في عروقه، فهذا الضمير هو الميثاق الغليظ الذي يشد إليه منظومة المجال ويضم نثارها.

وحق الملكية كما هو معلوم من الحقوق الأساسية les droits fondamentaux المصانة دستورياً، وهكذا فهو يضع ثقله وحضوره على الشارع ذاته ليحول دون تعطيله بل ليقصر دوره على الاعلان والتنظيم لهذه الحقوق ليس إلا.
على هذا الأساس فإن شراح القانون الإداري عندما تكلموا عن انعدام القرار وتأسيس نظرية الفعل المادي (عمل الغضب) تحدثوا الكثير عن مخالفة هذه الحقوق الدستورية واعتبروا الخروج عليها الصخرة الصلبة الرصينة لتأسيس نظريتهم.
على هذا الأساس فالرخصة الإدارية تتعامل مع أهم الحقوق الأساسية للمواطن، بل إن جماع نظم وأنساق القانون إنما هي معمولة على احترام حق الملكية والحريات العامة للمواطن.
ويترتب على ذلك نتيجة ثانية هي وكما ذكرنا سابقاً تواري حق الإدارة في التقدير واتسام سلطتها في هذا المضمار بالسمة المقيدة lieé ونهوض وضبط وتحديد شروط منح الرخصة في قواعد عامة ومجردة وموضوعية تخاطب الأفراد بصفاتهم لا بذواتهم.

والسمة الثالثة التي تحكم وح هذا المجال وضميره هي أن الرخصة آلية قانونية أو عجلة تدور في فلك الحفاظ على النظام العام الصحي، وعلى الشعبة الرابعة من شعب النظام العام ألا وهي جمال الرواء أو المنظر.

ولا حاجة للتدليل والتأكيد بأنه لا خيار للإدارة فيما يتعلق بركن الغاية في القرار الإداري، فهي لا تستطيع أن تخرج على مبدأ تخصيص الأهداف وليس لها سلطة تقديرية في هذا المجال، وإن خروجها عن الهدف يضم قرارها بعيب الانحراف détournement باستعمال السلطة الذي هو أحد العيوب المبررة لإلغاء القرار الإداري.

واستطراداً فهذه السمة الموضوعية الذي تتموقع بها الرخصة والتي تنتمي إلى السلطة المقيدة للإدارة، هذه السمة أكدها مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في 1984/11/9 برقم 3033.

كما تأكدت بحكم محكمة النقض السورية المتضمن: إن الإدارة التي لا تقدم على استملاك العقار الواقع على المخطط التنظيمي المصنف حسب الأصول رغم مرور الوقت الكافي على القرار الوزاري المصدق للمخطط التنظيمي لا يسوغ لها الامتناع عن إعطاء رخصة للمالك طبقاً للأنظمة[1].

[1] حكمها رقم 66 تاريخ 1985/2/21، القضية رقم 66، منشور في مجلة المحامين لعام 1985، قاعدة رقم 292.

عدم جواز تعليق منح الرخصة على سبب آخر

وهنا لا يجوز للإدارة أن تقحم على شروط الرخصة سبباً غريباً عنها وليس منها أي لا يجوز لها أن تدخل على منظومة ونسق الرخصة عنصراً مثبت الصلة بهذه الشروط.

ولعلنا نجد تطبيقاً طريفاً لهذه الحال في حكم مجلس الدولة المصري الصادر في 1954/6/14، فقد تأخر أحد المواطنين في سداد بعض الرسوم المقررة عليه فلما تقدم للحصول على رخصة لسيارته، رفضت الإدارة ذلك، وأجبرته على سداد الرسوم المتأخرة، فلم تقبل محكمة القضاء الإداري هذا المسلك مقررة أنه لم يرد بالقوانين واللوائح والقرارات الخاصة بالسيارات ما يسمح للجهات المكلفة بمنح التراخيص الخاصة بها بالامتناع عن تسليم هذه التراخيص لأصحابها متى قاموا باستيفاء ما تستلزمه هذه القوانين من شروط للحصول عليها، وقاموا بدفع الرسوم المستحقة عنها، كما لم يرد بها ما يسمح لهذه الجهات بالامتناع عن تسليم هذه التراخيص تمكيناً لمصالح أو جهات حكومية من الحصول على رسوم أو مبالغ مستحقة لها قبل أصحاب هذه التراخيص.

وعلى ضوء ما تقدم يكون قلم المرور قد جانب الصواب بامتناعه عن تسليم المدعي رخصة سيارته بعد أن قام باستيفاء ما يلزم قانوناً لتجديد هذه الرخصة ودفع الرسوم المستحقة عن ذلك، ومن ثم يتعين إلغاء الأمر الإداري المطعون فيه[1].

---

[1] عرض لهذا الحكم وناقشه وأيده الدكتور سليمان محمد الطماوي: الوجيز في القضاء الإداري، القاهرة، 1970، دار الفكر العربي، ص52.

مبدأ الإكراه

لقد طبقت محكمة النقض السورية على هذا التنازل المعيار المدني للإكراه في موضوع إداري المحتد والماهية والمثبت، ومن المعلوم أن المعيار الإداري للإكراه ومفهومه ومضمونه يتسم بسمات وطبيعة ذاتية خاصة مستقلة عن أحكام الشريعة العامة (القانون المدني).

ونحن وخلافاً لمحكمة النقض السورية لا نستطيع أن نبسط الأمور تبسيطاً مخلاً ومختزلاً ونقول أنه ليس هنالك أي ضرب من ضروب الإكراه عندما يقف الشخص العادي أعزل مجرداً من أية وسيلة أو مكنة قانونية أمام إدارة عاتية الأمر الذي يجعل أقدامه ليست قدام صدق وثبات، فتنوء هذه الأقدام وتزل في تلافيف وتضاعيف وتضاريس التعقيدات الإدارية.

إذن كيف بالإمكان التحدي بمقولة حكم محكمة النقض السورية والتدليل استطاعة الشخص أن يستنجد بالقضاء الإداري ليسعفه.

ذلك أن محكمة النقض السورية بسهولتها هذه في واد والواقع في واد آخر، أو كما عبر عن ذلك المفكر غوته بقوله: أن النظرية رمادية ولكن شجرة الحياة أبداً خضراء.

وتوضيح ذلك أن شخصاً ما قد يضطلع بمسؤولية مشروع بناء كبير هذا الشخص يدلف للإدارة طالباً الترخيص فيفاجأ باشتراطاتها غير الموضوعية متمظهرة متجسدة في التنازل من صاحب المصلحة عن حقوق له.

حيال كل ذلك لا يمكن التسليم بالمسيار المدني للإكراه، ألا وهو بث الرهبة في النفس بل إن هذا المعيار وضع ليسوس علاقة بين أفراد متساويين égalité individus، والمفترض بالشخص العادي عدم تمكنه من إكراه الآخر أو استغراق إرادته بسهولة ولا بد من التشدد بشروط الإكراه ورفعها والارتقاء بها إلى درجة الرهبة.

والأمـر علـى خلافـه بالنسـبة لـلإدارة، إذ يكفـي بهـا أن تمتنـع عـن إعطـاء الرخصــة حتــى تتزلــزل الأرض تحــت أقــدام طالــب الرخصــة وبتحقيــق التــالي «وبصورة آلية» عنصر الإكراه وتدليلاً لذلك حسبنا الضابط الذي وضعته محكمة القضاء الإداري في مصر بالنسبة للإكراه بالمفهوم الإداري قال لهذه المحكمـة: ((إن الموظف لم يتقدم بطلب الإحالـة إلى المعاش بدون قيد أو شـرط إلا بعد اطلاعـه على كتاب السيد وزير الأشغال وتود المحكمـة أن تسـجل في هـذا المقـال أن الكتـاب المذكور، ولو أنه خاص بتوقيع عقوبة، إلا إنه اشتمل على عبـارات مـا كـان يجـوز أن ترد فيه، إذ من شأن هذه السيارات أن تمس شرف المدعى واعتباره، لا سيما متى كانت هذه العبارات قد وردت في صورة الأوصاف لا في صورة الوقائع)).

وفضـلاً عـن ذلـك فقد كـان القـرار بتوقيـع الجـزاء علـى المدعى في غنـى عـن هـذه العبارات الجارحـة لا تعتبر قانونـاً جـزءاً مـن الجـزاء، فـإذا مـا تقـدم المدعى بطلب قبول استقالة عقب اطلاعه على الكتاب المذكور فلا يمكن القـول بـأن هـذا الطلـب قد صدر عـن إرادة صـحيحة مطمئنـة وإنمـا يكـون قـد قبـل صـاغراً البقـاء بعـد أن وصـمته الحكومـة في خطـاب بأنـه فقـد مقومـات الخلـق القـويم، لاسـتحق احتقـار زملائه ومرؤوسيه[1].

هذا ونؤكد بأن إحدى دوائر محكمة القضاء الإداري في مصر رفضت أيضـاً الأخـذ بمعيار الإكراه المدني، معتبرة أعمـال الإدارة للرخصـة الـتي أباحهـا لهـا القـانون رقـم 600 لسنة 1953 في إحالة كبار المـوظفين إلى المعـاش اعتبرت ذلـك وسـيلة إكـراه إذا هـي مورست في حق موظف ينطق ملفه بأنه موظف صالح، قالت هذه المحكمة: ومن حيث أنـه رغبـة في الـتخلص مـن كبـار المـوظفين الـذين يشـغلون وظـائفهم غير

[1] أورد هذا النص د. محمد عصفور: مذاهب المحكمة الإدارية العليا في الرقابة والتفسير والابتداع، القاهرة، المطبعة العالمية، 1957، ص266.

الأهل لها صدر القانون رقم 600 لسنة 1953 فأجاز لمجلس الوزراء بناء على اقتراح لجنة الوزراء بناء على اقتراح لجنة وزارية يشكلها أن يحيل إلى المعاش من تبين عدم صلاحيته لوظيفته من الموظفين من الدرجة الثانية قبل بلوغ السن المقررة لترك الخدمة، وذلك على أسس معينة.

ومن حيث أن تهديد الموظف طبقاً لأحكام القانون رقم 600 لسنة 1953 والذي يحرمه من التقاضي إذا فصل بناء عليه يطلب الأداء أو التعويض يعتبر إكراهاً مفسداً لرضا الموظف الذي يقدم استقالته بناء على هذا التهديد متى كان الموظف ممن لا تعلق بهم الشوائب ومن الصالحين للبقاء الذي شرع القانون لإقصائهم عن وظائفهم، ففي هذه الحالة يكون التهديد يفصلهم استناداً إلى هذا القانون عملاً غير مشروع[1].

هذا وننوه استطراداً بأن الفقه المصري أدلى بدلوه في تقويم معيار الإكراه الإداري الذي أرسته محكمة القضاء الإداري في مصر، وأننا نجتزئ بعض ما ورد على لسان الدكتور عصفور تأييداً لحكم القضاء الإداري السالف الذكر، يقول الدكتور عصفور: (المعيار السليم الذي يجب أن يطبق على الموظفين هو مجرد التأكد من أن الموظف لم يقدم على الاستقالة أثر نزاعه مع الإدارة بناء على إرادة حرة مطمئنة، وليس من سبيل بعد ذلك إلى فرض معيار القانون المدني في ضرورة وجود الخطر المحدد، فإنه معيار إذا صلح في علاقات الأفراد المتساويين في المركز القانوني، فإنه لا يصلح البتة في علاقة الموظف بالسلطة التنفيذية التي لا يمكن أن يقف معها موقف الند للند، وهي لا تصلح أيضاً في مجال إنهاء رابطة من روابط القانون العام لا يقدم الموظف عليه (بعد أن يكون قد بذل من

---

[1] القضية رقم 7718، تاريخ 1951/11/7.

عمره الستين في سبيل استكماله) إلا إذا بلغ أقصى درجات الاضطرار وغير خاف أن القانون يعتبر من قبيل عيوب القرار الإداري انحراف الإدارة في استعمال سلطتها في إصداره، إذ على الرغم من استيفاء القرار الإداري لركن السبب والمحل والشكل فقد يوصم انحرافه عن الغاية المشروعة سواء أكانت عامة أم خاصة، وهذا الأصل العام يضبط تصرفات الإدارة في مجال القرارات الإدارية، يجب أن يطبق – وبكل حزم – في مجال إكراه الموظف وبالتالي، فلا يجوز أن يعولوا على الشرعية الظاهرة وإنما يجب إعمال فكرة لانحراف في استعمال السلطة في نطاق هذه الوسائل[1].

وهكذا يقودنا الموضوع بالتداعي للبحث عن نظرية الانحراف في استعمال السلطة بالقدر المتيقن الذي يتصل بموضوعنا المطروح.

---

[1] د. محمد عصفور: مذاهب المحكمة الإدارية العليا في الرقابة والتفسير والابتداع، ص171.

مبدأ تخصيص الأهداف

لا ريب أن المشرع هو الذي يتلمس ويتعامل مع الصوالح العامة، سواء لجهة تحديد مضمونها ونطاقها وحدودها وضوابطها، أم لجهة تحديد الأواليات والوسائل والأساليب التي تحقق هذه الصوالح العامة.

ومن جهة أخرى فالمشرع عندما يؤطر صالحاً عاماً ما ويحدد عضواً إدارياً معيناً للقوامة عليه، فإنما يفترض قرينة غير قابلة لإثبات العكس بأن هذا العضو يحقق في تنفيذه النصوص الصالح العام، وبالعكس فإذا ما قام بعمل آخر ولو جرَ هذا العمل فائدة مادية للإدارة فإنه يكون قد ارتكب الانحراف في استعمال وظيفته détournement du pouvior.

ومآل ذلك أن القرينة السالفة الذكر لا تنطوي أيضاً على دلالة مؤكدة أنه هذا العضو هو الأكفأ في ممارسة اختصاصه وأن هذه الكفاءة تختل عند انصرافه لعمل خارج نطاق اختصاصه.

ذلك أن دولاب العمل الحكومي متشابك البنى متداخل الخطوات معقد التضاريس والتضاعيف وأن مبدأ التقسيم العمل أن يقوم كل عضو بما أنيط به، وفي حال العكس تضيع المسؤوليات وتختلط الأمور ويتداخل الحابل بالنابل.

وعلى هذا فالانحراف بالسلطة لا يشمل إساءة الموظف استمال السلطة قصداً لتحقيق نفع خاص له أو محاباة لشخص بذاته أو الانتقام من خصمه، لا يشمل ذلك فحسب، بل هذا العبء ينهض ويظهر عندما يراعي الموظف هدفاً غير الهدف الذي أراده القانون[1].

[1] د. مصطفى أبو زيد فهمي: القضاء الإداري ومجلس الدولة، ط4، 1979، منشأة المعارف بالإسكندرية، ص612.

هكذا أجمع الفقه واستقر القضاء على أنه لا يجوز لسلطات الضبط «القوّامة على المحافظة على النظام العام بمدلولاته الثلاثة» ممارسة اختصاصها لتحقيق دخل مالي للإدارة وبالذات للمجالس البلدية[1] .

وقد اعتبر أيضاً انحرافاً بالسلطة رفض العمدة إعطاء تصريح ببناء سينما لا لشيء إلا لأن هذه السينما تتزاحم المسرح البلدي[2] .

والأمر نفسه بالنسبة لاستعانة العمدة بسلطات الضبط الإداري من أجل تحصيل ضريبة البلدية[3] .

وليست سلطات الضبط وحدها التي تنحرف في ممارسة اختصاصها، بل إن هذا الانحراف ينهض أيضاً في مجال منح رخص التطرق وغيرها .

وبيان ذلك أن منح هذه الرخص وسحبها أمر تقديري للإدارة ولكن الهدف الخاص الوحيد الذي يجب على الإدارة أن تراعيه هو مصلحة الدومين العام نفسها (المال العام) وهذا يعني أنها لا يجوز أن تتسحب لمجرد أن الإدارة تبغي الكسب المالي[4] .

وهنالك قضاء شر غرير حول الانحراف باستعمال السلطة نكتفي بما سبق أن أوردناه وفي الوقت نفسه تحيل الأمر إلى مظانه من كتب الفقه الإداري.

---

[1] د . مصطفى أبو زيد فهمي: القضاء الإداري القضاء الإداري ومجلس الدولة، ص623.

[2] Boulet.e.E,4 Fevr,1932, Ree,p142.

[3] Pnity,e.E.24 Janu,1930-D-1931 -3.121,Note,J.A.

[4] د . مصطفى أبو زيد فهمي: القضاء الإداري ومجلس الدولة، ص625.

مبدأ البدل المالي

ننوه استطراداً بأن نشاط السلطة الإدارية يتحدد جوهراً بمجريين عميقين وقطبين أساسيين ليس إلا وهذان القطبان اللذان يتجذر ويتمحور حولهما النشاط الإداري هما حماية المجتمع وتقديم الحاجة العامة.

وإذا تعاملنا مع الأجهزة المفاهيمية للفقه الإسلامي والرسمية اللغوية لهذا الفقه، فالنشاط الإداري ينحصر ويتجذر في درء المفاسد (النشاط الصيفي) وجلب المنافع (المرفق العام).

والمقرر فقهاً وقضاء وتشريعاً أن النشاط الضابط تمارسه الإدارة دون مقابل مالي. وإذا علمنا أن نشاط الإدارة في منح رخصة البناء ينتمي إلى النشاط الضابط لسبب بسيط هو أن هذا النشاط يتمحور حول تنظيم العلاقات بين الفراد إذا علمنا ذلك أدركنا أن الأساس العام والعميق لهذا النشاط يمارس دون مقابل مالي، ومن ثم فالخروج على ذلك يجب أن يفسر تفسيراً ضيقاً stricto sensu وبأداة موضوعية تشريعية، وبأن سمة الرسم tax وليس الأجر كما هو مقرر ومحسوم في أدبيات علم المالية العامة.

هذا ونلفت الانتباه إلى نقطة أساسية في هذا الموضوع، وهي أن الإدارة «وفي حال عدم وجود نص قانوني» تتمتع بسلطة تقديرية في مظان معينة، وتحتجب عنها في مظان أخرى تبعاً لمعايير وأسس وضوابطه صاغها الفقه الإداري، وإن كان هذا الفقه أكد أن الإدارة لا تملك سلطة التقدير في مجال رخصة البناء لأن هذا التقدير يؤدي إلى تعطيل حق دستوري كبير هو حق الملكية[1]، في حين أن تقييد سلطة الإدارة في هذا الباب يحصر دورها في تنظيم الحد الدستوري لا تعطيله أو تعديله أو المساس به بصورة غير مباشرة.

---

[1] د. عصام البرزنجي: السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، القاهرة، دار النهضة العربية، 1972، ص175.

ومع ذلك فالقضاء الإداري المصري سمح بذلك في ضيق الحدود ولتغطية نفقات إصلاح شوارع المدينة في إطار موازنة الميزانية المحلية[1].

مبدأ ارتباط الإدارة بفكرة السلطة التنفيذية

يرى الفقيه الفرنسي "فيدل" أن القانون الإداري يجد أساسه في الدستور والمبادئ الدستورية العامة، فهذه المبادئ تؤكد أن الإدارة مرتبطة بفكرة السلطة التنفيذية، وأن السلطة التنفيذية تمارس وظيفتها الإدارية بوسيلتين: وسيلة الضبط الإداري ووسيلة المرفق العام.

ومن ثم فلا يمكن تعريف الإدارة إلا بحكم اتصالها بالسلطة التنفيذية.

ومن النتائج المترتبة على ذلك وبالتالي من العلاقات المميزة لقواعد القانون الإداري أنه بينما نجد الأفراد يحددون بحرية الأهداف التي يسعون إلى تحقيقها بشرط ألا تكون أهدافاً غير مشروعة نجد الإدارة لا تعمل إلا لتنفيذ النصوص، ويترتب على ذلك أن الأفراد أحرار في حدود القانون في حين أن عمل الإدارة يتبع من القانون وينزل عند كلمته وأحكامه[2].

ومن ثم مقررات الإدارة غالباً ما تكون محمولة على نصوص.

---

[1] حكم محكمة القضاء الإداري في مصر الصادر في 1954/12/27، وانظر د. عبد الفتاح حسن: قضاء الإلغاء، ص319.

[2] د. ثروت بدوي: مبادئ القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1966، ص112.

مبدأ تعامل الإدارة مع النظم القانونية العامة

الإدارة كما هو معلوم لا تعمل إلا للصالح العام سواء لجأت في ذلك إلى التصرفات القانونية الفردية particulier acte أم إلى التصرفات والأدوات الموضوعية actes objectivs.

بيد أن تحقيق النفع العام – وقواعد القانون الإداري حلها أو كلها وعلى خلاف تنتمي إلى النظام العام قواعد الضبط ومنها التراخيص المستغرقة بالنظام العام.

كثيراً ما يصادر على الالتجاء إلى الوسائل والأساليب التي تنشئ قواعد قانونية عامة général ومجردة abstrait وموضوعية objective.

وعلى هذا فإذا ما تعاملت الإدارة مع مركز موضوعي، فهي لا تملك مخالفته أو الاتفاق على ما يتعارض معه أو إلغاءه إلا بإجراء عام، وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في مصر بقولها : متى كان تنظيم القانون للروابط الإدارية ينظر فيه إلى المصلحة العامة فلا يجوز الاتفاق على ما يتعارض مع تلك المصلحة، لأن إنشاء المراكز التنظيمية العامة أو تعديلها أو إلغائها يجب أن يتم على سنن القانون ووفقاً لأحكامه[1].

ولا حاجة للتدليل والتأكيد بأن نظم الترخيص للبناء لا يمكن أن تتم إلا بأدوات موضوعية لأنها تتعامل مع مراكز قانونية صانها ونظمها الدستور ألا وهي حقوق الملكية والترخيص إجراء لتنظيم ممارسة حق الملكية ليس إلا دون أن يتعدى ذلك إلى التعطيل.

وعلى هذا الأساس فالإدارة لا تملك إلا تنفيذ هذه المراكز الموضوعية التي تفترض «دون سواها في هذا المقام» تحقيق الصالح العام.

---

[1] حكمها الصادر في 1964/11/15، قاعدة 969، مجموعة السنة العاشرة، ص238.

ذلك أنه لو كانت الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية في منح ترخيص البناء لانفتح أمامها الطريق في وضع شروط للترخيص وما يتفرع عن ذلك من الدول في مساومات التنازل أو غيرها مع طالبي الرخص.

وطالما أن السلطة هنا مقيدة فلا محيص أمامها إلا للتقيد بحكم القانون.

وذلك أن دولة القانون تتسربل من رأسها إلى أخمص قدميها بقواعد الشرعية، والقانون يسيغ على جسدها رداء يحكم كافة تصرفاتها وسيلة وهدفاً خلافاً للدولة البوليسية،l'etat du police التي تتقيد بالغاية لا بالوسيلة وخلافاً أيضاً للدولة الاستبداديةl'etat despotique، غير المتقيدة بالقانون وسيلة أم هدفاً[1].

بل والأكثر توضيحاً وبياناً فهذه الأشكال الثلاثة للدولة تنتمي إلى النظم السياسية أي إلى قواعد القانون العام الدستوري وبذلك فالمسألة أولاً وأخيراً هي مسألة خيار حضاري تاريخي أي موقف من التقدم والحياة والزمن، وما دمنا في نظرنا قد اخترنا دولة القانون منطلقاً لحياتنا فليس لنا إلا أن نحدد مكاننا على ضوئها، فلا نستطيع مضياً أو رجوعاً إلا بأمرها.

---

[1] د. ثروت بدوي: النظم السياسية، القاهرة، دار النهضة، 1964، ص238.

مبدأ حسن الإدارة

وهكذا بالتداعي المنطقي قادتنا المبادئ السالفة الذكر أو بالأحرى تقود الإدارة إلى أن تتموضع وتتحرك على أرض صلبة ورصينة وصارمة هي أرضية الإدارة الحسنة فما هو هذا المبدأ؟

" bonne administration ou l'administration convenable"

لا بد من التدليل بأن لهذا المبدأ مضموناً أو مفهوماً قانونياً وآخر يتصل بالملاءمة أما المضمون القانوني له فيتلخص بأن القضاء لا يسلم للإدارة بتجاوز الحدود القصوى للإدارة الحسنة أو الملائمة ومن المخالفات لهذا المبدأ فصل الموظف القديم بدلاً من هو أحدث منه عهداً بالخدمة أو إذا قامت الإدارة بعد فترة قصيرة بتعيين موظفين جدد بدلاً من إعادة الموظفين المعزولين حديثاً، أو إذا أعادت موظفاً فصل بسبب إدانته بدلاً من أن يعيد موظفاً أحيل إلى المعاش دون أن يرتكب خطأ، واعتبر من هذا القبيل تحديد المدير يوماً لسوق محلي مطابق لليوم نفسه المحدد لسوق آخر في منطقة مجاورة، ومن ذلك أيضاً أن تطلب من الفرد تضحية لا يستلزمها تطبيق القانون لأنه إذا كان هذا التطبيق يمكن أن يتحقق بإجراء أيسر، فإن القرار الذي يتطلب من الفرد تضحيات غير مجدية يعتبر قراراً غير سليم[1].

وإذا تحركنا قليلاً على أرضية الإدارة الحسنة وسمحنا لنفسنا التساؤل بلغة الاستنتاج والاستنباط أمكننا القول أن الإدارة التي تلزم الفرد بتنازلات مقابل الحصول على الترخيص، هذه الإدارة ليست حسنة.

---

[1] د. محمد عصفور: مذاهب المحكمة الإدارية العليا في الرقابة والتفسير والابتداع، المطبعة العالمية، القاهرة، 1957، ج1، ص119.

وفقدان الإدارة لهذه السمة له انعكاساتها العميقة على جوانب لا تدخل في القانون فحسب وإنما هي ألصق ما يكون بعلم الإدارة العامة وعلم الاجتماع والسياسة وغير ذلك.

وتوضيح ذلك أن علم الإدارة العامة – وخلافاً للقانون الإداري – إنما يستهدف – فعالية الإدارة effecacité وحيويتها vitalite لا شرعيتها validité.

هكذا يضع هذا العلم نصب عينيه، سؤالاً عريضاً هو: كيف بالإمكان رفع مستوى الأداء.

والعلم المذكور يصادر على أواليات لا حصر لها: منطقية وعقلية وتجريبية وغير ذلك.

بيد أن علم الإدارة يضع في مركز النواة تطبيق القانون والسهر على احترامه كإحدى الأواليات الرصينة والروافع الهامة والفعالة لرفع مستوى الأداء.

وفي نظرنا أن الإدارة ليست أكثر استبصاراً وتبيناً من المشرع في تحقيق النفع العام، ويترتب على ذلك أنه ليس على الإدارة أن تلجأ إلى أية وسيلة إلا تلك التي زودها بها القانون (بالطبع نستثني من ذلك حالات السلطة التقديرية).

ذلك أن القانون رسم مسالك وعبد طرقاً واستكشف جوانب ولا يجوز بالتالي التأبي والتسلب في سلوك هذه الطرق، إذ القرينة تنتصب هنا شاهقة على أن عمل الإدارة لا يحقق النفع العام.

وعلى هذا الأساس فليس على الإدارة إلا أن تشرب روح القانون وتتجسد قيمه وتتمثل مبادئه دون أن تكون معوقة أو معذرة أو متلكئة، وبالتالي فإن تطبيقها السليم للقانون يجعلها تتألق بالحيوية والفعالية والمصداقية، الأمر الذي يجعل الجمهور يضج باحترامها وتقديرها والثقة بها، وهذا الاعتبار والثقة تمنحها الإدارة من هذه الموقعية وليس من موقعية الجابي الذي ليس له هماً إلا تحصيل الدراهم والنقود.

استبصار الطريق ووضع القضية في موضعها السليم

في نظرنا أن موقف محكمة النقض لا سيما في قراريها رقم 376 ورقم 129 الآنفي الذكر هو انتصار لنظرية الذمة المالية للدولة (الدولة الجابية وليست دولة النفع العام[1] .

ومع ذلك فنحن أمام إشكالية problématique وليس أمام مشكل question قاصدين بالإشكالية مجموعة مترابطة من الأمور تنتظر حلاً إجمالياً لها .

وفي نظرنا إننا نجد مستقر هذه الانتقالية في الرؤية والمنهج وأدوات التحليل والمعرفة.

وبيان ذلك أن الرؤية الواضحة تستدعي منهجاً واضحاً وبالمقابل فالمنهج الواضح يبلور الرؤية ويخصبها ويزيدها ثراء وعطاء، وبالتالي فإن تفاعل الرؤية بالمنهج يفتق أدوات المعرفة الخاصة بها .

على هذا الأساس فلا يمكن أن تفرض على الشاعر الجاهلي أن يحلل الأمور إلا من خلال ما ورد به من دراية وأدوات معرفة، والأمر نفسه بالنسبة لإنسان العصر الحاضر.

وعلى هذا الأساس فمشكلة محكمة النقض السورية مع هذه الأحكام التي ذللنا بها هي قبل كل شيء مسألة رؤية ومنهج وأدوات معرفية.

وبيان ذلك أن أية محكمة نقض في العالم وليس بسوريا فحسب هي وليدة تربية وروح ورؤية وأدوات معرفة، وهذه الروح وتلك الرؤية محكومتان بطبائع الأشياء والنواميس المركوزة فيها والقوانين الداخلية لها، ألا وهي روح القضاء بين شخصين متساويين.

---

[1] د. محمد عصفور: مذاهب المحكمة الإدارية العليا في الرقابة والتفسير والابتداع، ص165 وما بعدها.

وعلـى خـلاف ذلـك فـروح القـانون الإداري تمليـه طبيعـة روابطـه ألا وهـي تحقيـق الصـالح الخـاص والصـالح العـام، والقضـاء الإداري في مغـامرة روحيـة فـذة جاهد لتحقيق التوازن بين هاتين المصلحتين.

هذا وإن تحليل تاريخ القضاء في كل مـن فرنسـا ومصـر يكشـف لنـا حجـم المشـاكل التي ظهرت أمام هذين القضائيين، وكـان سـبب ذلـك، هـو تصـدي القضـاء الإداري لمسائل إدارية وإعطائه الحلول لها من روحه وتربيته وثقافته ومن ثم فإن الإشكالية نقـول هنـا إشـكالية لا مشـكلة – لم تحـل إلا عنـدما أصـبح القاضـي الإداري في البلـدين الآنفـي الـذكر هـو قاضـي القـانون العـام droit publique أي عنـدما انعقـدت لهـا الولايـة علـى كافـة مسـائل القـانون الإداري وأخـذ يفتـق لهـا الحلـول انطلاقـاً مـن طبيعتـها وماهيتـها الذاتيـة متسـلباً متحللاً مـن رؤيـة ومنـهج وأدوات تحليل القضاء المدني ومن ثم أخذت تظهر لهذا القضاء روح جديدة ورؤيـة جديـدة ومنـاهج جديـدة وأدوات معرفـة جديـدة، وأخـذ هـذا القضـاء يضـع لعمليـة تـراكم حضاري معرفي، تراكم يحدوه إلى تحليل المسألة الإدارية بمبضـع الجـراح الجديـد، فإذاً هذه القارات الجديدة تنعكس من جديد على رؤية القاضي الإداري.

هكـذا اسـتطاع القـانون الإداري أن يشـق طريقـه لا حبـاً وأن ينتصـر أمـام حمـلات التشكيك لا سيما فقهاء وقضاة القانون المدني[1].

على هذا الأساس فإشكاليتنا العميقة الجذور لا تكمن في مثل هـذا الحكم أو ذاك وإنمـا تكمـن في طبـائع الأشـياء في الـربط بـين الوظيفـة fonction والعضـو

[1] د. محمد كامل ليلة: مبادئ القانون الإداري، بيروت، دار النهضة، ط1، 1968، ص668 وما بعدها.

organique أي باسترداد القاضي الإداري لكافة سيادته على أرضه ليصبح قاضي القانون العام.

وهنا تنهض مهمة الشارع باعتباره الفارس الذي يمتطي صهوة الحصان ويتزود على سبيل الانفراد بالرؤية لتلمس الصالح العام، وإن كان على هذا الفارس ألا ينسى دينامية التفاعل بينما هو سياسي وما هو معريفي.

نهاية الرخصة الإدارية

نهاية الرخصة الإدارية تعني زوال وجودها من عالم الحياة القانونية، ووضع حد لآثارها.

والرخصة الإدارية مثلها في ذلك مثل أية ظاهرة قانونية تاريخية والوجود والآثار تبعاً لسنة الحياة التي لا تعلم إلا التطور والصيرورة.

وإذا كان حق الأفراد أن يعولوا على قدر متقين من الثبات لكي يرتبوا حياتهم على هذا الاستقرار، فهذا الثبات لا يمكن أن يرقى إلى درجة الجمود.

وتجدر الإشارة إلى أن القرارات الإدارية بصفة عامة أكثر مرونة وأقل استقراراً من الأعمال القانونية في مجال القانون الخاص.

ذلك أن أهم أداة قانونية على صعيد القانون الخاص هي العقد وهذه الأداة وليدة إرادتين متساويتين وبالتالي لا يمكن أن تنشأ وتنتهي مبدئياً إلا بإرادة الطرفين.

والأمر على خلافه بالنسبة لمرونة الروابط الإدارية، التي تدور على عجلة القرار الإداري الذي ينشأ بإرادة منفردة هي إرادة الإدارة، والأمر نفسه بالنسبة لانقضائه تحقيقاً للصالح العام الذي يرنو إلى التبدل والتغير.

ذلك أن المرفق العام الذي ترجع إليه غالبية روابط القانون الإداري، هذا المرفق يخضع لثلاثة مبادئ أساسية هي: دوام سيرة بانتظام واطراد «قابليته للتغير والتبدل» مساواة المنتفعين أمامه.

هذه المبادئ تدفع إلى منح الإدارة القوامة على الصالح العام سلطات واسعة لا مقابل لها في علاقات الأفراد فينا بينهم، مما أدى إلى مرونة المراكز على صعيد القانون العام.

وعلى ضوء ما تقدم يمكن الحديث عن نهاية الرخصة الإدارية في المظهرين الآتيين:

1- إنهاء أثر الرخصة بالنسبة للمستقبل مع بقاء هذه الآثار في الماضي، وهذا هو الإلغاء revoeation ou abrogation.

2- إزالة آثار الرخصة من تاريخ صدورها، واعتبارها كأن لم تكن، وهذه هي ظاهرة السحب retaix التي هي إلغاء بأثر رجعي.

بيد أن إزالة آثار الرخصة مستقبلاً يمكن أن يتم بصورة طبيعية، وقد ينتهي بإرادة الإدارة دون أن يحل الأجل الطبيعي للإنهاء.

وكما قلنا سابقاً فتعدد مجالات الرخصة الإدارية يملي علينا تعذر إيجاد ترتيب وتصنيف دقيق لمسائل الرخصة بسبب تشابك وتداخل وتعقد هذه المسائل الأمر الذي يدفعنا إلى أن ندرس في هذا الباب مسألة الأجل الموقف والشرط الفاسخ كوصفين للرخصة الإدارية وعلى أن ندرج هنا أيضاً موضوع وقف تنفيذ الرخصة.

وعلى ضوء ذلك فالمسائل التي سنجليها هنا هي:

- النهاية الطبيعية للرخصة.
- إلغاء الرخصة الإدارية.
- سحب الرخصة الإدارية.
- الأجل الموقف والشرط الفاسخ في مجال الرخصة الإدارية.
- وقف تنفيذ الرخصة الإدارية.

النهاية الطبيعية للرخصة

وتنتهي الرخصة بصورة طبيعية في الحالات الآتية:

1- تنفيذ الرخصة: ويتم ذلك باستنفاذ محلها وموضوعها كان يعطى شخصاً رخصة اقتطاع غابة معينة أو يرخص باستخراج المعادن من أحد المناجم، وغير ذلك من الحالات المماثلة.

فهذه الرخصة تزول بزوال موضوعها أو محلها والذي يتخلف بعد ذلك مجرد واقعة مادية.

بيد أن بعض الرخص يستمر مدة طويلة، وحينئذ تبقى قائمة حتى تنتهي لسبب من الأسباب، مثل الترخيص لأحد الأفراد بحمل السلاح أو فتح محل عام[1].

2- نهاية المدة المحددة للرخصة: كأن تقترن الرخصة بأجل فاسخ، فتنتهي من تلقاء نفسها بمجرد حلول الأجل، ومن ذلك الترخيص باستعمال المال العام لمدة محددة[2] سلفاً أو التصريح بالإقامة لأحد الأجانب معلومة وغنى عن البيان أنه على الرغم من علم المرخص بتوقيت الرخصة فقد فرض القضاء في سوريا على الإدارة إعلان المرخص بانتهاء الرخصة، وهذه هي نظرية العلم اليقيني التي عبرت عنها محكمة القضاء الإداري في مصر بقولها: المعول عليه في بدء سريان هذا الميعاد (ميعاد رفع دعوى الإلغاء) هو إعلان الأمر أو نشره، ولا تقيم المحكمة وزناً لما تذهب إليه الحكومة من أن علم المدعي بإلغاء رخص محلاتهم وغلقها مفترض، بمقولة أنهم توقعوا انتهاء تراخيصهم المؤقتة لأن العلم الذي يقوم مقام الإعلان هو

---

[1] د. سليمان الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية، ص659.

[2] د. عبد الفتاح حسن: مبادئ القانون الإداري، ص397، وحكم محكمة القضاء الإداري في مصر الصادر في 1957/3/3.

العلم الحقيقي الذي يسمح لصاحب الشأن بمعرفة مؤدي القرار ومحتوياته معرفة تعيينية لا ظنية ولا افتراضية[1].

3- تحقيق الشرط الفاسخ: في حال تعليق الرخصة على هذا الشرط، فعندئذ تنتهي الرخصة بتحقيق هذا الشرط.

4- الهلاك المادي لمحل الرخصة: كأنه يصدر ترخيص لأحد الأفراد، باستعمال جزء من المال العام استعمالاً خاصاً، فهذا الترخيص ينتهي بزوال هذا الجزء من المال العام أو بفقده لصفة العمومية بالوسائل القانونية المقررة.

5- موت المرخص له: القاعدة العامة أن القرارات الإدارية هي قرارات شخصية، يرتبط مصيرها بمصير من صدرت لصالحهم، فإذا ما مات المستفيد، فالأصل أن ينقضي القرار الإداري، ولا يتعدى أثره إلى ورثته إلا في أحوال استثنائية.
ومن الأمثلة على القرارات التي يرتبط مصيرها بمصير المستفيد منها (أو ما يسمونها le actes emis intuit personne القرارات التي يراعى بها شخص معين) قرارات تعيين الموظفين، والترخيص بمزاولة مهنة معينة، أو يحمل السلاح[2].
وانقضاء القرار الإداري لموت المستفيد منه لا يعني نهاية كافة آثاره، فقد يترتب على ذلك آثار غير مباشرة ينظمها ويحددها القانون[3].

---

[1] حكم المحكمة الإدارية العليا في سوريا رقم 284، تاريخ 1981/6/15، القضية 181، منشور في مجلة المحامين لعام 1982، ص75، وقد اعتبرت التراخيص على المصالح.

[2] د. سليمان الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية، ص66، وانظر حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر الصادر في 1961/5/20، وحكم محكمة القضاء الإداري في مصر الصادر في 1957/3/3، وانظر د. عبد الفتاح حسن: مبادئ القانون الإداري، ص323.

[3] د. سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، ص440.

ويدخل في هذا الباب تغيير مالك الرخص كأن تصبح لمالك جديد وللقضاء الإداري عدة تطبيقات في ذلك وتتعلق بالرخص الممنوحة بفتح الصيدلية، فإذا تغير المالك كان هنالك المبرر لإلغاء الرخصة سنداً للمرسوم التشريعي رقم 79 لسنة 1950، عملاً بأحكام القضاء المطردة حول ذلك[1].

ويرى الفقيه اليوناني "ستاسينوبولس" أن القرار الإداري يتعلق أصلاً بمن صدر باسمه واستثناء لصالح الورثة successeurs، كما يتضح في حال الترخيص بإقامة مصنع autorisation dinstaller une fabrique، أو صيدلية، أو مركز عيادة طبيب climque وكل القرارات التي تصدر وتؤخذ فيها فائدة المرخص له بعين الاعتبار[2].

6- سقوط الرخصة بالترك والإهمال la desuetude:

القاعدة العامة هي عدم سقوط القرار الفردي السليم لعدم استعماله حتى تنهيه الإدارة بالطرق القانونية[3].

وهذا ما يتضح من العبارة التي سجلها الفقيه "مارسيل فالين" بقوله[4]:

"Les actes administratifs ne tombent eu desuetude nes، abrogeut".

---

[1] حكم محكمة القضاء الإداري في سوريا الصادر عام 1966 رقم 150، القضية رقم 89، المجموعة لعام 1966، ص168.

[2] ستاسينوبولس: المطول في القرارات الإدارية، ص238.

[3] حكم مجلس الدولة الفرنسي: 1948/5/24، قضية 1، المجموعة، ص562.

[4] مطولة الطبعة التاسعة، 1963، ص557.

وترجمته: القرارات الإدارية لا تسقط بعدم الاستعمال أو تلغي بعدم التطبيق.
وعلى هذا فامتناع الفرد مدة من الزمن عن تنفيذ الرخصة الممنوحة له قد يفسر على أنه موافقة ضمنية على حق الإدارة في إلغائها.
وبالطبع، فهذا الإهمال من المرخص له، ليس هو السبب في سقوط الرخصة، بل هو مجرد رخصة تحول الإدارة حق إلغاء الرخصة استناداً إلى هذه الموافقة الضمنية من المرخص له:

"Consentemnt taeit au retrait de l،acte"

ومع ذلك فإننا نسجل في هذا الصدد الملاحظتين الآتيتين:

1- إن بعض الرخص قد تصدر مقترنة بأجل للنفاذ، بحيث لا يمكن لذي المصلحة أن يشرع بالبناء إلا خلال المدة المقررة كأن يصدر قرار بالترخيص لأحد الأفراد بالبناء خلال مدة عام، حينئذ ينقضي القرار بمجرد انقضاء المدة، ويتحتم على المستفيد أن يستصدر قراراً جديداً لمدة أخرى إذا أراد استئناف الموضوع، وهذا كله تطبيق للقواعد العامة في نظرية القرار الإداري[1].

2-إن مرور المدة الطويلة، وغير المعقولة، قد يحُول الإدارة حق الاعتراض على تنفيذ الرخصة التي تم إهمال تنفيذها من المستفيد خلال تلك المدة.
فإذا أصدر مثلاً قرار يخول أحد الأفراد فتح محل عام في منطقة معينة، وأهمل المستفيد تنفيذه خلال عدة أعوام، عندئذ يكون من حق الإدارة الاعتراض على هذا التنفيذ المتأخر، لا لأن قرار الترخيص قد سقط بعدم الاستعمال، ولكن خشية أن تكون الشروط التي على أساسها صدر قرار الترخيص الأول قد تغيرت خلال هذه المدة الطويلة.

---

[1] ستاسينوبولس: المطول في القرارات الإدارية، ص239.

ففي هذه الحال يتعين على المرخص له إذا أراد المضي في تنفيذه قراره أن يراجع الجهة الإدارية مصدره القرار الأول للتأكد من مطابقة الرخصة لقواعد المشروعية الجديدة القائمة عند التنفيذ[1] .

وحقيقة الأمر أن القرار الإداري بالترخيص يصدر عن الإدارة المنفردة للإدارة، لذلك فهو من حيث المبدأ لا يخضع التأثير إرادة الأفراد .

"Au principe n،est pas influincé par la volonté de، particuliérs".

وإن صاحب العلاقة إذا امتنع عن التنفيذ مدة معقولة un lup de leups assaz lenig فهذه الحال يكمن اعتبارها قريبة من رغبته في الرجوع عن حكمه، وسبباً لإلغاء القرار، وإن كان القرار بقي سارياً قبل الإلغاء، ولا يتأثر بإرادة صاحب العلاقة[2] .

---

[1] د . سليمان الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية، ص663.

[2] ستاسينوبولس: المطول في القرارات الإدارية، ص239.

انتهاء الرخصة بعمل الإدارة

وكما يدل عليه العنوان فالمقصود بالانتهاء هنا الانتهاء الإداري للرخصة بفعل الإدارة وليس الانتهاء بالفاعل الطبيعي الحدثي.

وبالطبع، فلا مجال للكلام عن تأييد الحقوق الفردية المكتسبة لا سيما إذا وقفت هذه الحقوق عقبة كأداء قبل الصالح العام، ومن جهة أخرى فليس بالإمكان إطلاق العنان للصالح العام، أو الكلام عن صالح عام غير منضبط لا يقف في طريقه شيء، وبالتالي فلا بد من التوفيق بين الصالح العام والصالح الخاص، وهذه هي المهمة الكبرى للقانون الإداري ومناطه ووجهته وغايته، بل ومبرر وجوده.

ولكن كيف يحل الأمر بالنسبة للرخصة؟، طبعاً قبل الجواب عن ذلك لا بد من التنويه بأن هذا الإلغاء الذي نتكلم عنه يتعلق بالرخصة السليمة.

أما الرخصة المعيبة، فعيبها يغدو سبب إلغائها.

ومن جهة أخرى فالرخصة الإدارية تتل رقعة واسعة في ساحة القانون الإداري، ونحن إذ نتكلم عن هذا الوجه من وجوه الإلغاء، فإنما نتكلم عن النظرية العامة بخصائصها الكلية دون الوقوف عند الجزئيات ودون أن ننكر أن هنالك سماتاً ذاتية وخاصة قد لا تظهر في النظرية العامة، ولا بد لروح المجال وفضائه ومناحه من إبراز تلك السمات المميزة sui generis، كما سنحدد المستقبل.

ولنعد إلى سؤالنا المطروح، وهو: ما هي الإمكانات المتوفرة بيد الإدارة التي تتيح لها هذا الإلغاء؟؟.

في الحقيقة قد تكون هنالك آليات تشريعية تتكلم عن الإلغاء، فعندئذ يجب احترام هذه النصوص، وإن كان من المفيد التدليل بأن المشرع يلجأ في معالجته للموضوع إلى المظهرين الآتيين:

- قد يصدر تشريع عان يبين على وجه التحديد الأسباب التي من أجلها تستطيع الإدارة إلغاء القرارات الإدارية، وطريقة ذلك، وهي حالة نادرة الوقوع، كما حدث بالنسبة للقانون النمساوي الصادر سنة 1925[1].
- والصورة الثانية «وهي الأكثر تحققاً» أن ينظم المشرع كيفية الإلغاء بالنسبة إلى نوع معين من القرارات[2].

ولا حاجة للتدليل بأن وجود النصوص التشريعية المنظمة لا تستبعد القواعد العامة في القانون الإداري التي تعالج هذا الموضوع، هذا فضلاً عن أنه يجب تفسير تلك النصوص على ضوء القواعد العامة المشار إليها[3].

ولكن ما هي هذه القواعد العامة؟؟ ثم ما هي أحكام القرار المضاد الذي يلغي القرار المانح للترخيص.

---

[1] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص241.

[2] د. سليمان الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية، ص665 وما بعدها.

[3] المرجع السابق، ص666.

الأسباب العامة لإلغاء الرخصة الإدارية

وكما قلنا سابقاً فهذه الأسباب هي المبادئ العامة للقانون الإداري والتي يمكن تلخيصها في الآتي:

1- رضاء صاحب المصلحة: هذا وننوه استطراداً بأن موافقة الأفراد وعدمها قد لا تلعب دورها في علاقات القانون العام لا سيما إذا كانت مخالفة للقانون، والمثال على ذلك ما جرى عليه مجلس الدولة المغربي من أن قبول الموظف أن يعامل على خلاف القانون باطل لأن علاقته بالإدارة تنظيمية لا تعاقدية ولا يمكن للتعاقد أن ينتج أثره خلافاً للقانون[1].

أما فيما يتعلق بالرخصة، فالدافع الحقيقي لإصدارها هو مصلحة الفرد، وبالتالي فلا يمكن أن نوصد في وجهه باب الأداء، إذا ما تحققت الشروط لا سيما إذا ما تجسدت هذه المصلحة في صورة اتفاق بين صاحب الترخيص والجهة الإدارية المانحة.

واستناداً إلى ما تقدم، فقد انبرى أحد الفقهاء للقول بأن امتناع الفرد عن الاستفادة من القرار الصادر لصالحه يعدموا فقه ضمنية منه على تحويل الإدارة حق إلغائه[2].

2- عدم احترام المرخص لالتزاماته: والمثال على ذلك واضح في الالتزامات التي تحددها تراخيص البناء أو فتح المحال العامة وغيرها.

[1] محكمة القضاء الإداري: 1949/9/29، السنة الرابعة، ص140.

[2] Paul rigraey: Des fuits de pouissance privative dent la domains fuble ,p152.

فالإدارة قد تضمن هذه الترخيص شروطاً تتعلق بالصحة العامة أو السكنية العامة وهنا يترتب على أصحاب الرخصة احترام هذه الشروط التي هي من متعلقات النظام العام.

ويمكننا أن نضيف إلى ذلك تنازل المرخص له عن الرخصة للغير لا سيما في الرخصة القائمة على اعتبارات شخصية[1].

وقد اعتبرت محكمة النقض في سوريا باطلاً عقد بيع إجازة الاستيراد والتصدير لأن هذه الإجازة شخصية، ولا يجوز التنازل عنها للغير لتعلق الأمر بالنظام العام.

وهكذا ما أكدته محكمة القضاء الإداري في مصر حيث قضت بسلامة موقف الإدارة إذا فسخت العقد المبرم بينها وبين أحد الأفراد والذي يخوله حق استخراج الجبس من منطقة معينة، حيث ثبت للإدارة أن المتعاقد قد تنازل عن الرخصة لإحدى الشركات[2].

وهذا السبب يعطي مفعوله فيما يتعلق بعقود الالتزام[3].

3- الإلغاء بسبب تغير الظروف المادية لإصدار الرخصة:

وبالطبع فالمقصود بتلك الظروف، تلك الشروط المادية التي على أساسها ومقتضاها صدر قرار الترخيص.

وقد ترد هذه الشروط صراحة في القرار، فيعتبر تغير الظروف المادية «عند تحققها» من قبل الشروط الفاسخة التي تنهي الرخصة بصورة طبيعية، وإن كان

---

[1] د. عبد الفتاح حسن: مبادئ القانون الإداري، ص323.

[2] الحكم الصادر بتاريخ 10 نوفمبر 1957، القضية رقم 198، لسنة 11 قضائية، السيد حامد إبراهيم الشيخ ضد وزير الصناعة ومدير عام مصلحة المناجم والمحاجر.

[3] د. الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، ص531.

للإدارة أن تنهي الرخصة في بعض الحالات دون النص على ذلك في صلب قرار الترخيص.

فقد تسمح الإدارة لأحد الأفراد بفتح محل عام على أساس أن المنطقة مأهولة بالسكان، وبالتالي فإذا ما هجرت تلك المنطقة حق للإدارة أن تلغي ذلك الترخيص[1].

وفي حالات أخرى يكون استمرار الحالة المادية شرطاً لسلامة القرار، وذلك أن ينص القانون مثلاً على أنه لا يجوز منح ترخيص بإقامة كشك أو بفتح محل عام إلا في المناطق التي يزيد عدد سكانها عن رقم معين، فإذا فتح أحد الأفراد ترخيصاً لتحقيق ذلك الشرط وقت منحه فإنه يحق للإدارة أن تلغيه إذا تخلف هذا الشرط.

4- تغير التشريع بعد إصدار الرخصة: ونفترض هنا حال نص التشريع الجديد على مفعول رجعي له، وإلا فالترخيص يخضع للتشريع القائم وقت صدوره. وفضلاً عن ذلك فمركز المرخص له تنظيمي لذلك يجوز للإدارة تعديل أحكام الترخيص لا سيما تلك التي تتعلق بالصحة أو الآداب العامة أو الأمن العام ويكون هذا الإلغاء دون تعويض[2].

5- إلغاء الرخصة لدواعي الصالح العام: وإلغاء الرخصة لدواعي الصالح العام les raisons،intérêt général، هو أم الباب في إلغاء الرخصة، ويحتل مكاناً علياً في هذا الإلغاء.

---

[1] مجلس الدولة الفرنسي: 1948/3/5، قضية jeunis hretiennf، مجلة القانون العام، 1948، ص490.

[2] د. عبد الفتاح حسن: مبادئ القانون الإداري، ص323.

ودواعي الصالح العام التي تبرر الإلغاء متعددة: الصحة العام – السكينة العامة – الأمن العام – الاقتصاد القومي – سلامة المال العام[1] ...الخ.

ذلك أن عدم جواز إلغاء القرار السليم الذي أنشأ حقوقاً أو مزايا لمصلحة الفرد، هذا الأمر لا يعني أن هذا القرار يبقى دون إمكان المساس به إلى الأبد وإنما مؤدى ذلك فقط أن إلغاء أو تعديل هذا المركز لا يكون إلا بقرار من نوع جديد يسمى القرار المضاد acte contraire وفقاً لشروط وأوضاع قانونية.

وبيان ذلك أن حماية الحقوق الخاصة محددة في إطار عدم التعارض مع الصالح العام، أما في حال هذا التعارض فالأرجحية للصالح العام على الصالح الخاص.

ويجدر الانتباه إلى نقطة هامة هي أن الصالح العام فكرة فضفاضة ويجب ألا يترك تقديرها بصورة عامة للإدارة وإلا هدرنا استقرار الأوامر الإدارية السليمة، ومن ثم فالإدارة لا تستطيع إلغاء قرار إداري سليم قبل نهايته الطبيعية، بقصد الصالح العام المجرد بل يجب أن يكون الصالح العام مخصصاً.

فالترخيص لأحد الأفراد ببيع نوع معين من الأدوية، يجوز إلغاؤه بقصد المحافظة على الصحة العامة ليس إلا أي إذا ثبت هذا الدواء خطر[2].

ذلك أن الصالح العام المجرد هو صالح عام فارغ من أي مضمون، ونظرية المعرفة تتأبى التعويل على مثل هذا الفراغ والسديمية، والعلم يعني التحديد.

وبالطبع فالمشرع يستطيع في بعض الحالات أن يجعل للإدارة سلطة إلغاء القرار الفردي السليم لمطلق الصالح العام دون أن يخصص لها غرضاً من أغراض المصلحة العامة والمثال على ذلك في نطاق إنهاء الوظيفة العامة، دون اللجوء إلى الطريق التأديبي كما هو الحال في المادة 138 من قانون العاملين في الدولة في

[1] د. سليمان الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية، ص672.

[2] المرجع السابق، ص672.

سوريا الصادر عام 1985، والمادة 85 من قانون الموظفين الأساس الذي ألغي بصدور قانون العاملين.

فالقانون هنا يعفي الإدارة من شرط التسبيب الذي هو شرط شكلي، ولكن هذا لا يعني عدم وجود السبب، فالسبب في كوامن الإدارة، ويقيم قرينة لصالحها في حدود عدم التعسف في استعمال السلطة وباعتباره تعبيراً عن ممارسة السلطة التقديرية للإدارة.

أما إذا ظهرت الإدارة السبب أو خصصته فهي تخضع في هذه الحال لرقابة القضاء.

ومع ذلك يجب التدليل بأن قرينة الصالح العام المجرد هذه تجد تطبيقها في إطار الوظيفة العامة (التطهير الإداري)، ولم نجد لها تطبيقاً في إطار الرخصة الإدارية حتى في مجالها، وخطير هو مجال الضبط الإداري، إذ أن إلغاء الرخصة في هذا المجال لا يخرج عن نطاق النظام العام باعتباره شعبة من شعب الصالح العام.

ولقد أتيح للقضاء الإداري في سوريا أن يؤيد الإدارة في مسلكها المتضمن إلغاء الرخصة لدواعي الصالح العام، وكما يتضح من حكم محكمة القضاء الإداري رقم 26 المتضمن الفقرة الأولى من المادة الثامنة من القانون رقم 165 لسنة 1958 إجازة سحب الرخصة إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك – إقدام الإدارة على سحب الرخص الممنوحة غي حوض القلمون استناداً إلى دراسات فنية تناولت المخزون السنوي من المياه في هذا الحوض ومجموع التصريف السنوي للينابيع والفجارات فيه ودلت على أنه لا مجال لوضع الفائض من هذا المخزون موضع الاستثمار، بل يجب الحفاظ عليه كاحتياطي للينابيع والفجارات، هذا السبب يبرر للإدارة قراراتها بسحب الرخص العائدة للآبار القائمة على هذا المحور، باعتبار أن الحفاظ على الفائض السنوي من مياه الحوض كاحتياطي للينابيع والفجارات ينطبق على مفهوم المصلحة العامة.

عدم التزام الإدارة حدود هذا السبب، وخروجها عنه بإصدار عدد من القرارات تتضمن استثناء عدد من الآبار من تدبير الرخص يعدم السبب الذي اعتمدته الإدارة لسحب الرخص، ويدل على أن إلغاءها كان عملاً متسرعاً ما لبثت أن عادت من نفسها إلى تصحيح الأخطاء التي ارتكبتها[1].

هذا وإن لنا على هذا الحكم الملاحظات الآتية:

1- أجازت الفقرة الأولى من المادة الثامنة من القانون رقم 165 لسنة 1958 سحب الرخصة للمصلحة العامة ونعتقد أن قصد الشارع من هذا النص عدم تقييد الإدارة بسبب معين وإنما ترك لها تجري سبب الإلغاء على ضوء الصالح العام. ونحن نقول الإلغاء وليس السحب لأن السحب هو إلغاء رجعي منذ صدور الرخصة، وقد استعملت محكمة القضاء الإداري كلمة سحب منساقة مع النص التشريعي وهذا خطأ.

2- لم تكتف محكمة القضاء الإداري باعتماد الصالح العام كسبب عام وسديمي وغير محدد وإنما أسسته على ضوابط وحدود دقيقة ألا وهي المخزون السنوي للحوض والفائض.

وبمعنى أوضح فهذه الحرية المعطاة للإدارة تحددت من قبل الإدارة نفسها التي أوضحت عن السبب الخاص وغير ذلك ألا وهو الحفاظ على المخزون السنوي وقامت الإدارة بتسليط الرقابة على هذا السبب الخاص.

---

[1] - القضية رقم 25 لسنة 1967 منشور في مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها هذه المحكمة عام 1967، مع تعقبات المحكمة الإدارية العليا عليها، ص51.

3- لقد أسمت محكمة القضاء الإداري الاستثناء والخروج على أحكام القانون والإخلال بالمساواة أسمت ذلك تسرعاً وكان عليها أن تسمي ذلك إساءة استعمال السلطة.

ولقد عثرنا على حكم آخر للمحكمة الإدارية العليا في سوريا هو حكمها الصادر رقم 32 في الطعن 38 لسنة 1966 والمتضمن: تراخيص نصب أجهزة تضخ المياه وسحبها، وقرار سحب الترخيص الذي يستند إلى تقرير دراسة فنية، وينبني على مقتضيات المصلحة العامة، هو قرار موافق للقانون، ويقع على عاتق صاحب العلاقة عبء إثبات إساءة استعمال السلطة[1].

ومع أن المحكمة الإدارية العليا أشارت إلى مبدأ التعويض في مثل هذه الحال إلا أننا نسجل على هذا الحكم ما يلي:

1- كان على المحكمة الإدارية العليا أن تكتفي بالوصف القانوني للصالح العام المنوه به في المادة الثامنة من القانون رقم 165 لسنة 1985 المتضمن: تسحب الرخصة من قبل السلطة التي منحتها إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك ومن المعلوم أن الصالح العام وصف عام ولا بد من تحديد مظهره.

2- لقد انزلقت هذه المحكمة إلى وصف قانوني آخر هو حقوق الغير وبالتالي فحسب رأيها أن تضخ الطاعن على بئر ماء في أرضه (حسب وقائع القضية) يضر بالغير.

إذن لقد أفصحت المحكمة عن هذا السبب الخاص وبالتالي لم تسلك مسلك محكمة القضاء الإداري بالتعويل على المخزون العام كسبب عام وإنما على التأثير البالغ الذي يحدثه استمرار الضخ على حقوق الغير في حوض القلمون.

---

[1] منشور في مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، عام 1966، ص49.

ولكن المحكمة اكتفت بالاستناد إلى أقوال الإدارة دون أن تتفحص الأمر وتتحرى بالخبرة التي تشكلها الضرر الذي يحيق بالغير ودون أي توازن بين مصلحة الطاعن ومصلحة الغير لا سيما أنه فرد من مجموعة هذا الفقير ويصيبه ما يصيبهم.

أحكام القرار المضاد

وسلطة إصدار القرار المضاد مقره عادة للسلطة التي أصدرت القرار الأول أو للسلطة الرئاسية بالنسبة إليها[1]، وهذا هو مبدأ توازي أو تقابل الأشكال.

ومؤدي هذا المبدأ أن يكون إلغاء أو تعديل القرار الإداري بقرار إداري آخر صادر بنفس إدارة القرار الأول وباتباع ذات الإجراءات[2].

"Principes de parallelisme des forms"

وقاعدة توازي الأشكال تفرضها البديهية والمنطق إذ كيف يعقل أن تكون القرارات الصادرة عن سلطة معينة تحت رحمة سلطة أخرى، ما لم تكن هذه الأخيرة هي الرئيس الأعلى للسلطة التي أصدرت القرار الأول.

وفي تطبيق هذه القاعدة يفرق القضاء بين أمرين: القواعد التي تحدد الجهة الإدارية المختصة، والقواعد التي نبين الإجراءات والأشكال التي تصدر بمقتضاها القرار أو القرار المضاد.

---

[1] مجلس الدولة الفرنسي: 1948/9/10، قضية Molinet، مجلة القانون العام، 1949، ص290، وتعليق Drago، 1948/9/15، Negiere، مجلة القانون العام، سنة 1949، ص400.

[2] د. ثروت بدوي: تدرج القرارات الإدارية ومبدأ الشرعية، ص112.

فبالنسبة للشق الأول تكون قاعدة تقابل الأشكال مطلقة وجامدة، فالقضاء يستلزم أن تكون السلطة التي تلغي القرار هي نفس السلطة بإصداره[1] .

أما من حيث الأشكال والإجراءات، فهي ليست لازمة الانتفاع دائماً في حالة إلغاء القرار، لكن إذا كانت الأشكال والإجراءات تكون ضمانات للقرار أو للموظف فإنه يلزم انتفاعها، غير أن ذلك لا يراعى دائماً في حال فصل الموظفين[2] .

والخلاصة أن قاعدة توازي الأشكال صحيحة ومنتجة في شقها الأول المتعلق بالسلطة المختصة، أما الشق الثاني المتعلق بالأشكال والإجراءات، فإنه لا يراعي في كل الأحوال.

فمجلس الدولة يقرر أن السلطة المختصة بإصدار قرار الفصل هي نفس السلطة المختصة بالتعيين دون أن تكون الأولى ملزمة باتباع الإجراءات نفسها التي اتبعتها الثانية، ما لم ينص القانون صراحة عند ذلك[3] .

وتطبيقاً لقاعدة تقابل أو توازي الأشكال حكم مجلس الدولة الفرنسي ببطلان الخطاب الموجه من سكرتير هيئة تنسيق المواصلات البرية والنهرية في الجزائر إلى أحد أمناء النقل مقرراً سحب ترخيصه، وبأنه لا يعد قراراً على الرغم من أن الخطاب كان قد أرسل بناء على تعليمات صادرة عن الحاكم العام للجزائر صاحب الاختصاص في هذا الشأن.

---

[1] د. ثروت بدوي: تدرج القرارات الإدارية ومبدأ الشرعية، ص113.

[2] مجلس الدولة الفرنسي: 1959/6/2، مجموعة ليون، ط3، 1959/4/10، ص233، 1959/11/9، ص585.

[3] C.E،15 Juillel،1969,Ministrede Algerie,R.D.P1969, p1262.

وتطبيقاً لنفس القاعدة إذا تطلب القانون أخذ رأي جهة معينة قبل اتخاذ القرار، فإن إغفال هذا الإجراء يبطل القرار بعيب مخالفة الشكل أو بعيب عدم الاختصاص حسبما يكون رأي تلك الجهة استشارياً أم إلزامياً[1] .

ولكن إذا طلبت الجهة الإدارية المختصة بإصدار القرار رأي جهة أخرى قبل اتخاذ القرار دون أن تكون ملزمة بذلك فهي تستطيع إلغاء وتعديل القرار دون الرجوع إلى تلك الجهة التي طلبت رأيها قبل اتخاذ القرار الأول[2] .

وإذا كان المشرع قد حدد إجراء معيناً لإصدار القرار المضاد فيجب اتباعه فإذا لم يحدد، فلا مناص من تطبيق القاعدة العامة، وهي أنه لا قيد على حرية الإدارة في التعبير عن إرادتها، وإن كان العكس هو الغالب، لأن أسباب الإلغاء أو اصدار القرار المضاد تحدد غالباً على سبيل الحصر[3] .

ولكن هل يجب أن يكون القرار المضاد مسبباً motivée ؟.

إن التسبيب من الشروط الشكلية في القرار الإداري، أما السبب فهو عنصر ضروري لكل تصرف قانوني، وإن كان هذا السبب قد يكون موجوداً في كوامن الإدارة دون أن يظهر.

وعلى هذا الأساس فالإدارة غير ملزمة بالتسبيب إلا عندما يلزمها المشرع بذلك وبالتالي إذا لم تظهر السبب فلا يعني أنه يعني أنه غير موجود، وإن كان الغالب في حالة القرار المضاد أن تلتزم الإدارة بالتسبيب[4] .

---

[1] د. ثروت بدوي: تدرج القرارات الإدارية ومبدأ الشرعية، ص114.

[2] المرجع السابق، ص114.

[3] د. سليمان الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية، 676.

[4] المرجع السابق، 677.

إذن القاعدة العامة عدم التسبيب، ولكن مجلس الدولة الفرنسي قد خرج على هذه القاعدة، موجباً التسبيب بإلغاء القرارات الإدارية السليمة، وهذا ما يتضح من حكمه الصادر في 1948/3/5 وقد جاء فيه:

أن الالتزام عام بتسبب سحب القرارات السليمة[1].

ولا حاجة للتدليل بأن القرار المضاد سواء أصدر بإلغاء القرار الأول صراحة أم ضمنياً، فإن أثره لا يؤثر على العلاقات التي أنتجها القرار الأول.

فالقرار الصادر بإلغاء الترخيص بفتح محل عام لا يمس العلاقات التي تكون قد تمت قبل صدور القرار الأخير[2].

لنفترض أن طلباً ثم تقديمه من أجل الترخيص بإقامة مصنع، وقد رفض هذا الطلب، وإن كانت الإدارة المختصة قبلت بمنح الترخيص على أثر تظلم رئاسي recours hunardueque فنحن بالطبع هنا حيال إلغاء القرار الأول (قرار الرفض).

وبالعكس لنفترض أن صاحب العلاقة قد تقدم بطلب استند فيه إلى عناصر جديدة طالباً منه ترخيصاً خضع لشروط جديدة، فالقرار الذي تم بموجبه منح الترخيص بناء على الطلب الأخير، هذا القرار لا يعتبر إلغاء للأول، وإنما هو قرار منشئ ومستقل.

وهذا هو الحل الذي اتبعته المحكمة الإدارية العليا في ألمانيا.

لقد تم إلغاء الترخيص الممنوح سابقاً المتعلق بإقامة محل لبيع المشروبات un debit boisson.

[1] مجلة القانون العام سنة 1948، ص494.

[2] د. سليمان الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية، 677.

ولقد تم تقديم تظلم رئاسي على هذا القرار، ولكن التظلم رفض، ثم بعد مدة تقدم الشخص نفيه بطلب ترخيص جديد، يعتمد وثائق جديدة، فهذا الترخيص يقوم على وثائق جديدة noveux documents، ومن ثم فهو لا يعتبر إلغاء للقرار الذي ألغى القرار الأول، وإنما يعتبر قراراً جديداً منشأ[1].

الإنهاء الجزئي للرخصة

قد تصدر الإدارة رخصة نخالف بها القواعد القانونية المقررة، ثم يتضح أن تلك المخالفة إنما شابت جزء فقط من قرار الترخيص بحيث يمكن إذا أبطل هذا الجزء المعيب أن يصبح القرار ببقية الأجزاء السليمة.

وقد يتم هذا الإنهاء الجزئي لقرار الترخيص من جانب الإدارة عن طريق سحب الجزء المعيب بعدم المشروعية، كما يكون ذلك عن طريق القضاء بواسطة حكم بإلغاء هذا الجزء المعيب.

والمثل الواضح لذلك يظهر في قرارات الترخيص التي تتضمن رجعية غير جائزة قانونياً إذ بمقتضى تلك المخالفة للقانون أن يصبح القرار الإداري باطلاً غير منتج لأي أثر من الآثار التي يرتبها القانون على القرارات المشروعة. غير أن القضاء الإداري طبق هنا فكرة الإنهاء الجزئي، وجرى على إلغاء القرار جزئياً متى كان قابلاً للتجزئة، وذلك بإلغاء الأثر الرجعي واستبعاد باقي الآثار سليمة[2].

وبالطبع فالإنهاء الجزئي للقرار لا يقتصر على القرارات التي تتضمن رجعية غير مشروعة، بل يتضمن القرار أكثر من أثر قانوني، ويتضح مخالفة أحدها للقانون فهنا أيضاً يجري القضاء على إلغاء الأثر المعيب واستبعاد بقية الأجزاء.

[1] مطول ستاسينوبولس في القرارات الإدارية، ص247.

[2] انظر في الإنهاء الجزئي للقرار الإداري، د. رمزي طه الشاعر: تدرج البطلان في القرارات الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968، ص412 وما بعدها.

ويمكن أن نضرب مثلاً لذلك من القضاء الإداري الألماني، إذ قد صدر قرار من البوليس بإنشاء سلخانة جديدة وانتهى عن استعمال السلخانة القديمة ويتبين أن هذا القرار باطل فيما يختص بالأمر ببناء سلخانة جديدة، ولما رفعت الدعوى أمام المحكمة الإدارية العليا (ليادن) رأت أن القرار يعد باطلاً فقط في الجزء المتعلق بالأمر ببناء السلخانة بحالتها القائمة، وبذلك أبطلت المحكمة القرار في الشق الذي بطل فيه فقط واستبقائه في الشق الآخر المشروع[1].

ولكن ما هو الشأن إذا كان الإلغاء جوهرياً؟.

قبل الإجابة عن هذا الجواب لا بد من التدليل بأن الإلغاء أو التعديل قد يتم من قبل السلطات الإدارية الوصائية، ومن المعلوم بأن الوصاية الإداري هي رقابة السلطة المركزية على قرارات السلطات اللامركزية في الحالات وبالشروط ووفقاً للأوضاع التي يحددها المشرع فهي تختلف إذن عن السلطة الرئاسية بأنه لا يوجدها خضوع عام من إحدى السلطات لسلطة أخرى كما هو الحال في علاقة السلطة المرؤوسة بالسلطة الرئاسية، وإنما تراقب سلطة الوصاية تصرفات السلطة الخاضعة للوصاية في الحالات التي يحددها القانون ومن ثم فلا تستطيع السلطة المركزية أن تحل قرارها بداءة محل قرار السلطة الخاضعة للوصاية إلا في الحالات التي يقررها القانون[2].

ومع ذلك في إطار سلطة الوصاية فقد جرى القضاء الإداري على التمييز بين التعديلات الجوهرية التي يجريها الوزير والتعديلات غير الجوهرية.

---

[1] د. الشاعر: تدرج البطلان في القرارات الإدارية، ص414.

[2] د. ثروت بدوي: تدرج القرارات الإدارية ومبدأ الشرعية، دار النهضة العربية، 1969، القاهرة، ص104.

فإذا كان التعديل الذي يدخله الوزير على قرار المجلس البلدي أو القروي مثلاً تعديلاً جوهرياً، فإن قرار الوزير في هذه الحالة يكون باطلاً لتجاوز سلطته بإجراء.

وفي حكم آخر قضت هذه المحكمة بأن لوزير المواصلات سلطة الرفض أو الموافقة على قرارات مجلس إدارة السكك الحديدية حسب مطابقتها أو عدم مطابقتها للقانون، دون التعرض لموضوع القرارات، ودون أن يكون له تعديلها جزئياً أو كلياً[1].

ويدخل في هذا الباب موضوع سلطة التنظيم التي تمتلكها الإدارة لا سيما في مجال الضبط الإداري حيث تضع القيود على حريات الأفراد أو أعمالهم حفظاً للنظام العام أو منعاً للأفراد من افتئات بعضهم على بعض.

وأداة الإدارة في ذلك هي اللائحة، إذ قد تحظر هذه اللائحة الأفراد عن اتخاذ إجراء معين أو عن ممارسة نشاط معين.

وقد يحدد هذا الحظر من حيث الغرض أو الزمان والمكان، وبذلك يكون الحظر على بعض أوجه النشاط الفردي مطلقاً أو جزئياً، فإذا كان الحظر مطلقاً، كان نقضاً لمباشرة الفرد لنشاط معين، وليس تنظيماً له، وعد بالتالي غير مشروع، مثال أن تصدر لائحة تحظر مرور نوع من العربات في الطرق العامة.

أما إذا كان الحظر جزئياً بأن حدد من حيث الغرض والزمان والمكان، كان مشروعاً لا يعدو أن يكون تنظيماً لحركة المرور، مثال ذلك أن تحظر اللائحة مرور نوع من العربات من بعض الطرق العامة وفي وقت معين من اليوم[2].

وتأسساً على ما تقدم قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر بأن حظر تشغيل المطاحن ليلاً بقرار عام يسر على جميع المطاحن على حد سواء لا يعدو أن يكون

---

[1] حكمها الصادر في 1948/12/15، مجموعة السنة الثالثة، ص181.

[2] د. فؤاد العطار: مبادئ في القانون الإداري، القاهرة، دار النهضة العربية، ط3، ص343.

مجرد تنظيم حتى لا يسبب تشغيلها في هذا الوقت قلقاً وإزعاجاً للناس، وبهذه المثابة لا يعتبر في حقيقته إلغاء جزئياً للرخصة التي منحت لإدارة هذه المطاحن[1] .

وإضافة إلى ذلك فقد حكمت المحكمة الإدارية العليا في مصر بأن تحظر تشغيل مطحنة بذاتها ليلاً قد تم بقرار فردي قبل ان يكون مسبوقاً بهذا التنظيم العام، الأمر الذي يرتب بطلان هذا القرار الفردي لانطوائه على مجاوزة السلطة[2] .

واستطراداً فليس ثمة ما يمنع هيئة الضبط الإداري من أن تصدر أوامر فردية بتنظيم نشاط فردي معين لم يكن قد تناوله القانون أو اللائحة بالتنظيم، إلا أنه يشترط في هذه الحال أن يكون هذا الأمر داخلاً في نطاق الضبط الإداري العام، وأن يكون هناك ظرف استثنائي يستلزم اتخاذ هذا الإجراء، وأن يكون هذا الإجراء هو الوسيلة الوحيدة، وتخضع هذه الشروط لرقابة القضاء[3] .

---

[1] حكمها الصادر في 16 أبريل 1990، مجموعة المبادئ القانونية، السنة الخامسة، حكم رقم 79، ص780.

[2] مجموعة المبادئ التي قررتها هذه المحكمة، السنة الخامسة، حكم رقم 79، ص780.

[3] د . فؤاد العطار: مبادئ في القانون الإداري، ص345.

في تعديل الرخصة

ذكرنا سابقاً أن مركز صاحب السلطة مركز تنظيمي عام تجاه القوانين والأنظمة لا سيما تلك النصوص المتعلقة بالنظام العام والآداب العامة، لذلك فالإدارة تستطيع تعديل شروط الترخيص على ضوء اللوائح التي تصدرها لهذه الغاية.

وهذا التعديل قد تجربه الإدارة صاحبة الترخيص وقد يصدر عن سلطة أخرى هي السلطة الضابطة لا السلطة المتعاقدة.

وهذا ما أكدته محكمة الاستئناف المختلفة في مصر في حكمها الصادر في 1994/6/13[1].

ولكن السلطة الضابطة لا تستطيع أن تستعمل سلطات البوليس استعمالاً منحرفاً detourne يقصد إجبار المتعاقد على الوفاء بالتزاماته التعاقدية[2].

أما إذا كانت الرخصة وليدة عقد إداري فالإدارة تستطيع «ولقاء تعويض» تعديل شروط العقد بسبب اتصاله يسير المرفق العام بانتظام وإطراد وعلى ضوء الأحكام العامة لتعديل العقود الإدارية، وهذا ما لجأت إليه الإدارة في مصر إذ لزمت المرخص له الملتزم بزيادة عدد سيارات الأتوبيس في حدود نسبة معينة[3].

وقد تمنح الإدارة ترخيصاً لشخص وتتعهد له بأن تقصر النشاط عليه[4].

---

[1] مجموعة التشريع والقضاء المختلط، السنة السادسة، ص345.

[2] د. الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، ص552.

[3] محكمة القضاء الإداري، القضية رقم 357 لسنة 11 قضائية، السيد فوزي مقار ضد وزير الشؤون البلدية ورئيس المجلس البلدي لمدينة القاهرة.

[4] حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 1995/6/11 قضية orlean،ch.de fer d، المجموعة، ص31.

(شرط الامتيازات أو الشرط المانع) exclusivite،Clause ou privilege d فهذا الشرط ملزم ويتعين على الإدارة احترامه[1].

وقد أيدت محكمة القضاء الإداري في مصر هذا القضاء ضمناً في حكمها الصادر في 1957/9/8، في قضية تتلخص ظروفه بأن مصلحة الآثار قد اتفقت مع متعهد على إقامة كازينو فاخر في المنطقة المجاورة لتمثال أبي الهول، وتعهدت بأن يشمل نشاط هذا الكازينو المنطقة كلها بحيث لا يسمح لغيره بمزاولة نشاط مماثل في المنطقة، وتنفيذاً لهذا الشرط أنهت عقود بعض الأفراد في المنطقة، فقضت المحكمة بسلامة موقف الإدارة التي لم تستعمل سوى حقها، وهي في هذا الإجراء، إنما تتوخى مصلحة عامة، وذلك فهي رأت إقامة مقصف فاخر يشمل نشاطه المنطقة كلها بما فيها قطعة الأرض المرخص للمدعى بإقامة كشك فيها، وذلك للاعتبارات الواردة في مذكرة وزارة الإرشاد القومي[2].

وتعتبر مدة الترخيص من الشروط التي لا تستطيع الإدارة أن تنقل بتعديلها كما سبق قوله، ولكن إذا كان الترخيص لمدة طويلة كما في عقد الالتزام، فالإدارة تستطيع استرداد المرفق قبل نهاية المدة إذا ما رأت «لضرورات الصالح العام» ضرورة تغيير طريقة الإدارة من الالتزام إلى الإدارة المباشرة مثلاً أو إلى إدارة مؤسسة عامة، ولكنها لا تستطيع الاسترداد لتعطي ذلك الالتزام إلى ملتزم جديد[3].

---

[1] حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 1995/6/11 قضية orlean،ch.de fer d، المجموعة، ص31.

[2] القضية رقم 144، لسنة 11 قضائية، السيد إبراهيم محمد إبراهيم فايد ضد وزارة التربية والتعليم.

[3] د. الطماوي: الأسس العام للعقود الإدارية، ص469.

ولما كان عقد الالتزام يخول صاحبه فرداً كان أو شركة « الحلول محل السلطات العامة في إدارة مرفق عام واستغلاله» وغالباً ما يكون عن طريق الاحتكار القانوني أو الفعلي، وهكذا فقد استوجب إخضاع الملتزم لكافة القواعد الضابطة لسير المرافق العامة، كما أن هذا الاعتبار يؤدي إلى تنظيم نوع من الرقابة على الإدارة ذاتها في منحها الالتزامات بأناقة واستغلال المرافق العامة من الناحية الأخرى، لأن بعض شركات الامتياز القوية، لا سيما إذا ما تغلغل فيها العنصر الأجنبي تمثل خطراً حقيقياً على مصالح الدولة وعلى سيادتها[1].

لهذا فقد تضمن الدستور المصري الصادر في عام 1923 نصاً صريحاً على أن يكون التزام موضوعه استغلال مورد من موارد الثروة الطبيعية في البلاد أو مصلحة من مصالح الجمهور كل احتكار، لا يجوز منحه إلا بقانون وإلى زمن محدد.

وقريب من ذلك ما جاء في الفقرة الخامسة من المادة 70 من الدستور السوري التي أناطت بمجلس الشعب قرار الاتفاقات التي تمنح امتيازات للشركات أو المؤسسات الأجنبية، وإن كانت هذه المادة لم تتعرض – كما في الدستور المصري – إلى الموارد الطبيعية وإلى مصالح الجمهور، كما لم تتضمن النطاق الزمني المؤقت.
ولقد شجر في مصر خلاف حو منح التزام صد الاسفنج وهل يشترط أن يتم ذلك بقانون أم بناء على قانون.
وعلى هذا الأساس أجازت محكمة القضاء الإداري في مصر للسلطة التنفيذية منح استغلال الاسفنج وفقاً للأوضاع المقررة في المرسوم بقانون إذا لم يكن المرفق من موارد الثروة الطبيعية في البلاد، أما حيثما يتعلق فيه هذا الوصف بدلالة الواقع

---

[1] د. سليمان محمد الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط2، 1965، ص98.

من الأمر أو بدلالات أخرى تنبئ عن ذلك، كأن يكون الاستغلال على نطاق واسع منظم ولمدة غير قصيرة وبالشروط والأوضاع التي تتضمنها عادة عقود الالتزام فإن منح الاستغلال بطريق الالتزام يجب أن يكون بقانون[1].

وفي ظل الدستور الصادر عام 1956 تشكلت لجنة برئاسة علي ماهر لدراسة المادة 98 من هذا الدستور المتعلق بمنح الالتزام وقد جاء في تقريرها ما يلي: كل التزام باستغلال مورد من موارد الثروة الطبيعية أو مرفق من المرافق العامة يجب أن يكون لزمن محدد، وأن تجري في شأنه علنية تامة في الإجراءات التمهيدية والمواصفات ومقوماتها في جميع المراحل كفالة للمنافسة المشروعة والاعتراض الجدي في أوقات معروفة.

ويصدر بمنح الالتزام أو تجديده أو إلغائه مرسوم بموافقة المجلس المختص ويبين في المرسوم استيفاء إجراءات العلنية التامة، وإفساح المجال للمنافسة والاعتراض.

وهذا ما أكدته فتوى مجلس الدولة المصري بخصوص صيد الأسماك والمحار من بحيرتي البردويل والزرانيق فقد اعتبرت الترخيص بذلك من الأهمية ما يتوجب أخذ موافقة البرلمان لاستصدار قرار بمنحه[2].

وكل احتكار ذي طبيعة عامة لا يجوز حكمه إلا بقانون وإلى زمن محدد، وكل احتكار أو التزام لمرفق مجلس قوة المجلس المختص وتتولى الهيئات المحلية كذلك شؤون المحاجر ومنح الرخصة الخاصة باستغلالها وتجديدها وإلغائها، وكل ذلك على الوجه المبين من القانون.

---

[1] حكم محكمة القضاء الإداري العليا الصادر في 24 يونيه سنة 1956، السنة العاشرة، ص365.

[2] الفتوى الصادر في 1954/11/28، رقم 449، مجموعة فتاوى المجلس، السنة الثامنة والنصف الأول من التاسعة، ص7.

وغني عن البيان أن الترخيص إذا تم بآلية العقد فهذا العقد إداري، وهذا ما أكدته محكمة القضاء الإداري في مصر في حكمها الصادر في 1956/3/11 (السنة العاشرة).

الإنهاء القضائي للرخصة ومسألة انعدام الرخصة

وكما قلنا سابقاً فمنح الرخصة على الأعم الأغلب يصدر بآلية القرار الإداري، وهذا القرار الإداري المرخص قد يندمغ بأحد عيوب القرار الإداري المعهودة: عيب المحل – عيب السبب – عيب الشكل – عيب مخالفة القانون – عيب الانحراف في استعمال السلطة...الخ.

وبالطبع فقد يقترن القرار الترخيص بصدور حكم نهائي عن القضاء الإداري بإلغائه ومن المعلوم أنه يتفرع على الحكم الصادر بإلغاء قرار الترخيص الأثرين الآتيين:

1-الأثر الهادم destriction الذي يهدم القرار الملغى وما انبنى عليه.

2-الأثر الباني construeterie حيث يعيد بناء المراكز القانونية يفرض أن القرار الملغى والقرارات التي انبنت عليه لم تصدر أصلاً.

ولكن هل يعني ذلك أننا سنعيد هدم البناء الذي ألغى قضائياً الرخصة المتعلقة به.

وبالطب لا يمكن تصور ذلك وتحميل المرخص له عبء هذه العيوب التي مصدرها الإدارة، هذا فضلاً عن إلغاء قرار الترخيص بالبناء لا يؤثر في التراخيص الأخرى، ولو كانت مشوبة بنفس العيب الذي أدى إلى صدور الحكم بالإلغاء[1].

[1] د. عبد الفتاح حسن: قضاء الإلغاء، ص387.

وقد يطرح أمام القضاء الإداري موضوع انعدام الرخصة[1] الإدارية، بل إن نظرية انعدام القرار الإداري أول ما وجدت تطبيقاتها من خلال انعدام الرخصة وعلى يد الفقيه الفرنسي "جوليان لافريير" في تقريره المقدم إلى محكمة التنازع باعتباره مفوضاً للحكومة في قضية laumonier–garriol، التي تتلخص بأن الحكومة الفرنسية رغبت عام 1872 بأن تحتكر صناعة أعواد الثقاب، وكان هذا يستلزم منها أن تقوم بنزع ملكية المصانع المشتغلة بفرنسا بهذه الصناعة، مقابل تعويض المالكين لها، غير أن وزير المالية آنذاك رأى أن ذلك يبهظ مالية الدولة فأوعز إلى المحافظين بإغلاق بعض هذه المصانع بحجة إدارتها دون ترخيص، ولما كان "لومونييه" من الملاك الذين مستهم هذه القرارات فقد طعن في القرار الصادر عن المحافظ بإغلاق مصنعه مستنداً في ذلك إلى أن الإدارة قد استهدفت من وراء ذلك تحقيق مصلحة مالية متذرعة باستعمال سلطتها البوليسية، وعند طرح النزاع على محكمة التنازع الفرنسي، أوضح "لافريير" أمامها أن الخطأ الفاحش والاغتصاب الواضح والاعتداء دون حق على الحقوق الفردية يجرد القرار من كل صفة إدارية، ويهبط به إلى درجة الاعتداء المادي[2].

ومن ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في قضية الشركة الفرنسية للصناعة الكيميائية والتي تتلخص وقائعها بأن مصنعاً كان يقوم بصناعة مادة ضارة بالصحة (حامض سلفريك أسود) ولم يكن قد صدر من الإدارة بعد تصريح بصناعة وإنتاج هذه المادة ولهذا أصدر مدير الأمن قراراً يحرم فيه على المصنع إنتاج هذه المادة وأمر بوضع الأختام على آلات المصنع لتعطيلها، وقد رفع صاحب المصنع دعوى أمام مجلس الدولة يطعن فيها بأمر المدير بوضع الأختام، فقرر المجلس أنه إذا كان لمدير الأمن الحق في إنذار الشركة لتوقف العمليات المتعلقة

[1] في حال انعدام القرار الإداري يمكن لكل من القضائيين العادي والإداري أن يضع يده على ذلك ويقرر الانعدام كما هو مجمع عليه فقهاً.

[2] مجموعة سيري 78، قسم3، ص93، والمجموعة 437 وما بعدها.

بإنتاج هذه المادة حتى تحصل على ترخيص بذلك، فإنه لا يجوز له أن يأمر بوضع الأختام على آلات صنع المادة المذكورة، وإلا كان قراره مشوباً بتجاوز السلطة[1].

وفي قضية ملخصها أن شخصاً أقام كشكاً خشبياً يجاور محطة السكة الحديد سنة 1957 بترخيص من مفتشي أملاك السكة الحديد، مقابل مبلغ يدفع دورياً وقد باشر المدعى عمله في هذا الكشك لبيع الحلوى والاتصال التليفوني واستمر واضعاً يده، وقام بسداد الايجار، ولكن هيئة السكك الحديدية أرادت إزالة الكشك، فقدمت شكوى إلى النيابة العامة التي أمرت بإبقاء الكشك، وتعهد معاون أملاك السكة الحديد بتنفيذ هذا القرار، إلا أن الهيئة لم تذعن، وفي 1962/7/4 طلب مهندس السكة الحديد قسم الزقازيق من حكمدار شرطة السكة الحديد ومدير الإدارة الهندسية ومفتش هندسة الزقازيق القيام بقطع التيار الكهربائي عن الكشك ورفع عداد الإنارة وعدة التلفون وتنفيذاً لهذا القرار قامت الإدارة بإزالة الكشك فلجأ المدعى إلى القضاء المستعجل لوقف تنفيذ هذا القرار وإعادة وضع يده.

وقضت محكمة الأمور المستعجلة بالزقازيق في هذه الدعوى بتمكين المدعى من إقامة الكشك وإعادته إلى الحالة التي كان عليها قبل إزالته.

وأيدت محكمة استئناف الزقازيق هذا الحكم، استناداً إلى أن العلاقة التي تحكم المدعى بهيئة السكة الحديد علاقة تعاقدية وليست عقداً إدارياً، ومن ثم فإن

[1] حكم المجلس الصادر في 1913/11/7، industrie chinique,societe traneauis d، مجموعة سيري 919، قسم3، ص1 مع تعليق هوريو.

التجاء الإدارة إلى إزالة الكشك دون الالتجاء للقضاء العادي بعد اعتداء على اختصاص السلطة القضائية مرتباً الاعتداء المادي[1].

وقضت المحكمة الإدارية العليا بانعدام القرار الإداري متى كان محله غير مطابق لأحكام القانون، ومن ذلك ما قررته من أنه يتبين من أحكام المرسوم التشريعي رقم 2137 لسنة 1923 بتنظيم ممارسة طب الأسنان في أراضي سوريا ولبنان إن مزاولة هذه المهنة لم يكن مسموحاً لها لغير المزودين بأحد المؤهلين: الشهادة المدرسية التي تمنح حاملها لقب طبيب وجراح الأسنان، أو بتصريح النجاح في الفحص الاختباري الإجمالي الذي يهيب لقب متمرن في طب الأسنان، ولا ريب في أنه إذا ما سجل شخص في عداد أطباء الأسنان ورخص له بممارسته المهنة من غير مؤهل فإن هذا التسجيل والترخيص لا يكسبه حقاً ولا ينشئ له مركزاً قانونياً مهما طال الزمن، لأن مثل هذا التصرف الذي يبدو بصورة واضحة عدم تجاوبه مع أي قانون أو لائحة، إنما يبلغ عدم المشروعية فيه حداً ينحدر به إلى درجة الانعدام[2].

أما بشأن الاعتداء المادي على صعيد وقف الصحف فهنالك قضاء غزير حول هذا الموضوع ومن ذلك الحكم الصادر في قضية Frmper والتي تتلخص بأن محافظ الجزائر – أمر اعتماداً على سلطته البوليسية– بوقف بعض الصحف من 1956/9/30 إلى 1956/9/31 ومن 6-1957/6/7 بحجة حماية الأمن في

[1] محكمة الزقازيق (الأمور المستعجلة) في 2 أكتوبر 1962، القضية رقم 216، لسنة 1962 مستعجل.

[2] حكمها الصادر في 1960/9/12، قضية رقم 58، لسنة 1 قضائية، (الإقليم الشمالي).

المنطقة، وهكذا فقد رفعت كل من صحيفتي Franee Editions،Framper دعوى أمام محكمة الجزائر الإدارية بإلغاء قرار المحافظ، ولكن هذه المحكمة قررت عدم اختصاصها بفحص مشروعية هذه القرارات.

وعلى ذلك أقام المدعون دعواهم بالتعويض أمام القضاء المدني مستندين إلى أن فعل المحافظ يكون اعتداء مادياً مما تختص بنظرة تلك المحاكم، حيث قررت كل من محكمة الجزائر في 1958/5/13 ومحكمة السين في 1960/5/3 رفض دعواهم استناداً إلى عدم وجود اعتداء مادي، إذ أن قرارات الوقف التي اتخذها المحافظ لا تتضمن مخالفة القانون بدرجة يتعذر معها القول بأنها تعتبر تطبيقاً لقانون أو لائحة[1].

وفي قضية جريدة l،action frùncais التي تتلخص وقائعها بأن أمراً صدر عن مدير الأمن بباريس لمرؤوسيه بمصادرة هذه الجريدة لما نشرته من مقالات من شأنها أن تزيد من الاضطرابات بالمدينة، وقد طرح على محكمة التنازع بحث مشروعية تصرف الإدارة في هذه الحالة فقضت بأن مدير الأمن قد تجاوز سلطاته إذا صدر أمر المصادرة دون تفريق بين المناطق المختلفة حيث أن النظام العام لم يكن مهدداً بالخطر في كثير من مناطق الضواحي، وعلى ذلك يعتبر قرار مدير الأمن بالمصادرة العامة لإعداد الجريدة، عملاً بالغاً في عدم المشروعية، ومن ثم يكون اعتداء مادياً تختص بنظرة المحاكم القضائية[2].

---

[1] عرض لهذا الحكم د. رمزي الشاعر: تدرج البطلان في القرارات الإدارية، ص75.

[2] حكم محكمة التنازع الفرنسية الصادر في 1935/4/8، مجموعة دالوز، قسم 3، ص25 مع تقرير المفوض جوس وتعليق فالين.

لقد انقسم الفقه إلى ثلاثة اتجاهات الأول يؤيد شرعية المقاومة والثاني عكس ذلك أما الاتجاه الثالث فقد نحا طريقاً وسطاً[1].

ويرى "الدكتور الشاعر" أن التشريع في مصر يسمح بهذه المقاومة[2].

ومع ذلك فهذه المقاومة لا يمكن أن تقرر إلا في حال وجود اعتداء مادي واضح وهذا ما يتأكد من حكم محكمة استئناف باريس في قضية سائق إحدى السيارات العامة، حيث قاوم هذا السائق بالقوة مشرف إحدى الكباري عند محاولته لتأكد من حمولة العربة بقصد المحافظة على سلامة الكوبري، لقد ذهبت المحكمة إلى أن استناداً السائق إلى عدم مشروعية المشرف بحجة أن العربات العامة مستثناة من الخضوع لعمليات المراجعة والتفتيش – لا يتبع له المقاومة، إذ لا يجوز للأفراد مقاومة تنفيذ ممثل السلطة العامة للقرارات، تحت ستار القول بعدم مشروعيتها[3].

[1] د. رمزي الشاعر: تدرج البطلان في القرارات الإدارية، ص284 وما بعدها.

[2] المرجع السابق، ص284 وما بعدها.

[3] مجموعة الأحكام الجنائية لمحكمة النقض، ص232، ومجموعة j.e.p، قسم 4، ص51.

الأجل الموقف والشرط الفاسخ في مجال الرخصة الإدارية

من المعلوم أن القرار الإداري يصبح نافذاً في حق الإدارة بمجرد صدوره عنها، ودون أن يتوقف ذلك على علم الأفراد، وهذا هو الفارق بين نفاذ القرار في حق مصدره، وانسحاب أثره في حق الأفراد من تاريخ العلم به ذلك الانسحاب الذي له مدلول فني هو سريان القرار في مواجهة الأفراد[1].

"Opposabilite de l،acte aux administers"

ومرد هذا التمييز بالطبع يعود إلى ماهية القرار الإداري التي تتحدد بإرادة الإدارة على سبيل الاستقلال والانفراد وكما سبق توضيحه.

ولكن الموضوع يطرح بالنسبة لإرجاء أثر القرار الإداري إلى تاريخ لاحق، وذلك بأن يصدر القرار بتاريخ محدد، لينفذ بتاريخ تال آخر مستقل.

لقد كان هذا الإرجاء موضع انتقاد الفقه في فرنسا، حيث أطلق على هذا النوع من القرارات، بالقرارات المتيسرة anticipeés، حيث اعتبرت هذه القرارات اعتداء على السلطة القائمة عند التنفيذ، بل اعتبر الفقيه "جاستون جيز" والمفوض Teissier، القرارات المذكورة دليل المحسوبية فوق ما تنطوي عليه من عيب الاختصاص الزمني[2].

---

[1] د. الطماوي: القرارات الإدارية، ص601، وانظر حكم مجلس الدولة المغربي الصادر في 1952/9/11، السنة السابعة، ص131.

[2] مطول "جاستون جيز" في القانون الإداري، ط3، ص488.

ومع ذلك فإن قضاء مجلس الدولة الفرنسي لم يسر على وتيرة واحدة فقد صدرت مجموعة أحكام بإلغاء القرارات الفردية المؤجلة ولكنه في أحكام أخرى أجاز إرجاء آثار بعض القرارات الإدارية إلى تاريخ لاحق، ولعل أهم مجال حكم فيه بإلغاء القرارات الفردية المؤجلة أهم ذلك ما تعلق بقضايا الموظفين[1].

بيد أن بعض الفقهاء الفرنسيين لا يعتبرون التأجيل في ذاته مدعاة للإلغاء، بل إن المرجع في سلامة القرار الفردي في هذه الحال إلى أسبابه les motifs وإلى الغاية منه le but، إذ حيثما كانت بواعث الإدارة مشروعة وتقتضيها ظروف سير المرفق العام كان القرار المؤجل مشروعاً والعكس[2].

ولقد أيد القضاء الإداري في مصر هذا الرأي الأخير كما يتضح من حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في 1950/6/25[3]، هذا فضلاً عن أن المحكمة الإدارية العليا كررت ذلك في صيغة مبدأ عام، قالت هذه المحكمة: وغني عن البيان أن لجهة الإدارة أن تؤجل آثار قراراتها شريطة أن يكون رائدها في ذلك تحقيق الصالح العام[4].

ولكن هل تستطيع الإدارة أن تقرن سريان قراراتها بشروط موقفة أو فاسخة؟.

---

[1] د. الطماوي: النظرية العامة القرارات الإدارية، ص595.

[2] عرض لرأي هذا الفريق د. سليمان الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية، ص598 و599.

[3] السنة الرابعة ص264، وحكمها الصادر في 1952/9/15، السنة الرابعة، ص144، السنة 8، ص72.

[4] 1962/11/17.

وفي الحقيقة أن طبيعة القرار الإداري لا تحول دون تعليق نفاذه على شرط موقف أو فاسخ، وإن كان معظم الشروط في القرارات الإدارية هي شروط موقفة، تؤدي إلى تأجيل أثر القرار حتى يتحقق الشرط[1].

وقد صاغت المحكمة الإدارية العليا في مصر ذلك بقولها: لئن كانت القاعدة هي نفاذ القرارات الإدارية من تاريخ صدورها، فإنه يجدر التمييز في هذا الصدد بين القرارات الإدارية البسيطة من جهة والقرارات الإدارية المعلقة على شرط من جهة أخرى، فالقاعدة لا تصدق على إطلاقها إلا بالنسبة إلى الأولى من تلك القرارات أما المعلقة على شرط موقف أو فاسخ فإن نفاذ هذا النوع من القرارات وتحقق آثارها يكون مرهوناً بتحقق الشرط الذي علق عليه القرار. وقد أجمع شراح الفقه الإداري على أن أغلب الشروط في القرارات الإدارية هي شروط موقفة تؤدي إلى تأجيل أثر القرار حتى يتحقق الشرط الذي يجب أن يكون مشروعاً مما يقتضيه سير المرفق العام. وغني عن البيان أن لجهة الإدارة أن تؤجل آثار قراراتها شريطة أن يكون رائدها في ذلك تحقيق الصالح العام[2].

واستناداً إلى هذا المبدأ فالإدارة قد تعلق سريان الرخصة على شروط تضعها على عاتق المرخص له، كأن ينجز أشياء معينة.
والأمر نفسه بالنسبة للشرط الفاسخ، كأن تمنح الإدارة ترخيصاً وتعلق استمرار نفاذه على بقاء حالة واقعية أو قانونية، فإذا زالت تلك الحال انقضى أثر الرخصة[3].

---

[1] د. سليمان الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية، ص526.

[2] 1962/11/17، السنة 18، ص72.

[3] د. سليمان الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية، ص531.

ولقد ضربنا مثلاً على ذلك في شرط الترخيص في فتح محل عام في حي تتوفر فيه صيغة مكانية معينة.

وبالطبع، يجب أن يكون الشرط (الموقف أو الفاسخ) مشروعاً.

لكن ما هو أثر الشرط غير المشروع؟

المسلم به « كقاعدة عامة» هو بقاء القرار سليماً مع بطلان الشرط الذي اقترن بالقرار، وذلك في حالة مطابقة القرار الإداري للقانون موضوعاً.

ومن هذا القبيل حكم مجلس الدولة اليوناني المتعلق بإصدار الإدارة ترخيصاً خول أحد الأفراد فتح مخبز بشرط بيع الخبز بسعر يقل عن السعر المقرر رسمياً، فقد حكم المجلس ببطلان الشرط مع بقاء الترخيص سليماً[1].

كما حكم مجلس الدولة الفرنسي بصحة القرار الصادر بالترخيص لشركة أتوكار باتخاذ موقف لها في الطرق العامة مع بطلان الشرط الذي يلزمها باحترام مواعيد السكة الحديد.

ولكن بطلان الشرط قد يؤدي في بعض الحالات إلى بطلان القرار الذي يقترن به، وذلك في الحالات التي يثبت فيها أن الشرط كان هو الدافع الرئيسي إلى إصدار القرار بحيث لم تكن الإدارة لتصدر القرار لولا الشرط الذي اقترن به، وهذه مسألة موضوعية يقدرها القاضي في كل حالة على حدتها[2].

---

[1] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص96.

[2] د. سليمان الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية، ص533.

وكما تعلق الإدارة قراراتها على شرط فاسخ أو موقف فهي، تقترن هذه القرارات بأجل فاسخ أو موقف.

أما عن الأصل القاسم فهو أكثر الحدوث في الحياة الإدارية كان يصدر القرار الإداري أو يحدد نفاذه لوقت معين ينتهي القرار بانتهائه، ومن أمثلة ذلك أن تصدر الإدارة ترخيصاً مقروناً بأجل مضى ينتهي بانتهائه[1].

هنا وننوه استطراداً بأنه في أكثر الأحيان لا يكون الشرط الواقف suspensive أو الفاسخ rosolutoires سوى تكرار للشرط القانوني la condition juris.

وفي بعض الأحيان لا يذكر الشرط القانوني، ومع ذلك لا يكون لذلك أي تأثير على شرعية القرار كما في منح الرخص المسماة permission de voirie مع شرط الإلغاء إذا تقيد تخصيص المال العام[2].

وإذا كان هنالك شرط فاسخ، فالنتيجة لا تتحقق تلقائياً eo upro، ولا بد من تدخل جديد من قبل الإدارة تؤكد فيه تحقق الشرط عن طريق إصدار قرار فردي بذلك acte particulier.

وهذا القرار ليس في الحقيقة شيئاً جديداً سوى إلغاء القرار الأصلي، كما هو الحال في منح الرخصة[1].

---

[1] د. الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية، ص523.

[2] ستاسينوبولس: المطول في القرارات الإدارية، ص90، وهذه الرخص تتعلق بالاستعمال الأكثر اتصالاً بالمال العام.

وهنالك فارق بين القرار الشرطي l'acte conditionnel، وبين القرار الذي يصدر مع التحفظ بالإلغاءsousrisorue de revacution .

فالقرار الأول ينتهي بصورة آلية عند تحقق الشرط الفاسخ، في حين أن القرار الثاني لا ينتهي إلا بعد إلغاء رسمي formelle[2].

وبالطبع فإن صيغة التحفظ بالإلغاء هي صيغة فضلى بالنسبة للإدارة فهي تمكن الإدارة من المركز القانوني، وبالمقابل تمنع حدوث أي تعتبر لصالح الفرد إلا على ضوء مصلحتها[3].

والتحفظ بالإلغاء غير المقيد (كما لو ذكر أن الإلغاء في أية لحظة)، هذا التحفظ يقترب من الشرط الفاسخ بإرادة منفردة، ولكنه لا يتماثل معه من حيث النتيجة لأنه على الرغم من عمومية التحفظ la condition resolutoirepor estiue، فالإدارة لا تستطيع إلغاء القرار إلا لسبب يتصل بالمرفق العام وبعيداً عن التحكم[4].

ومع ذلك فالتحفظ العام بالإلغاء لا يماثل الشرط القاضي بإرادة منفردة وبصورة مطلقة، هذا الشرط الذي يقتضي بطلان القرار الشرطي، بل يماثل التحفظ

---

[1] ستاسينوبولس: المطول في القرارات الإدارية، ص93.

[2] المرجع السابق، ص93.

[3] المرجع السابق، ص93.

[4] المرجع السابق، ص93.

بالإلغاء لأسباب تتعلق بمصلحة المرفق التي هي عنصر موضوعي[1]، وإن إلغاء القرار غير المسبب بسبب يتعلق بالمرفق يمكن أن يلغى من قبل القاضي[2].

وأخيراً فهنالك مبدأ قانون مقتضاه أن الإدارة تمارس اختصاصها بالنسبة للمراكز القانونية الراهنة لا المستقبلة، وإن اختراق هذه القاعدة يعتبر اختراقاً لعناصر الاختصاص الزمني combetence tempose، وهذا ما يصم القرار بعيب عدم الاختصاص لأن السلطة القائمة حالياً لا تستطيع أن تقيد السلطات اللاحقة des successeurs[3].

سحب الرخصة الإدارية

تؤكد ما سبق بأن الإدارة المانحة للترخيص تخضع للنظرية العامة للقرار الإداري بما في ذلك – بالطبع – القواعد التي تحكم قواعد السحب.

هذا وتذلل بأن السحب موضوع شائك ومن أعقد مشاكل القانون الإداري، لأنه يضعنا أمام مبدأين متعارضين، لا يمكن التوفيق بينهما إلا إذا ضحينا بأحدهما لحساب الآخر.

وهذان المبدآن هما، مبدأ المشروعية، ومبدأ عدم جواز المساس بالحقوق المكتسبة.

---

[1] ستاسينوبولس: المطول في القرارات الإدارية، ص94.

[2] المرجع السابق، ص94.

[3] المرجع السابق، ص101.

ولما كان المبدآن من المبادئ الرئيسة التي لا يمكن أن يتخلى عنهما أي نظام قانوني فإنه قلما يتفق فقيهان على الحل الواجب الإتباع[1].

لذلك فقد لجأت بعض الدول إلى وضع نصوص تشريعية عامة تحدد الأحوال التي يجوز فيها سحب القرار الإداري العكسي[2].

بيد أن معظم التشريعيات، قد خلت من هذه النصوص، وهكذا كان على القضاء أن يحدد المبادئ التي تحكم هذا الموضوع، فما هي هذه المبادئ؟.

قبل الإجابة عن هذا السؤال لا بد من التنويه بأن المقصود من السحب retrait إزالة أثر القرار منذ صدوره، أي إعدامه بأثر رجعي واعتباره كأن لم يكن، والأمر على خلافه بالنسبة للإلغاء annulation الذي يعني إزالة أثر القرار بالنسبة للمستقبل ومنعه من أن ينتج آثاره جديدة دون المساس بما أنتجه في المستقبل.

هذا هو الفارق من ناحية الآثار، أما من ناحية الشروط الموضوعية لكل منهما فالقواعد التي تحكم السحب محكومة بقاعدة عدم جواز المساس بالحقوق المكتسبة إضافة إلى قاعدة عدم جواز الرجعية، أما الإلغاء فهو محكوم فقط بالقاعدة الأولى.

---

[1] د. ثروت بدوي: تدرج القرارات الإدارية ومبدأ الشرعية، القاهرة، دار النهضة العربية، 1968-1969، ص117.

[2] Michel. D. Stassinopoulos:Traité des actes administratifs, 1954, Athènes, p 6.

مبدأ عدم الرجعية يجعل السحب غير جائز أصلاً يستوي في ذلك أن يكون القرار فردياً أم تنظيمياً، ولكن الإلغاء جائز طالما هو لا يتعارض مع مبدأ عدم جواز المساس بالمراكز الفردية المكتسبة.

أي إن الإلغاء جائز طالما أن القرار لم ينشئ حقوقاً، وعلى هذا القرارات التنظيمية لا تنشئ حقوقاً لهذا يمكن تعديلها أو إلغاءها في أي وقت خلافاً للقرار الفردي المنشئ للحق فلا يجوز إلغاؤه[1].

هذا إذا درسنا الموضوع من زاوية الحقوق المكتسبة، ولكن مبدأ آخر يجب إعمال لأنه يؤدي إلى نتائج معاكسة، وهذا هو مبدأ الشرعية الذي يقتضي بأن يكون للإدارة حق سحب قراراتها المعيبة أو الباطلة.

وبالطبع، فالتوفيق بين المبدأين المتعارضين ومواجهتهما يقضي بتحقيق التوازن الدقيق بينهما فكيف يتم ذلك؟.

بالنسبة للقرار السليم فمبدأ عدم الرجعية يمنع من السحب بأثر رجعي، سواء أكان قراراً فردياً أم تنظيمياً منشأ للحقوق أم غير منشئ لها[2].

على أن إلغاء القرار السليم ممكن دائماً بالنسبة للمستقبل كلما كان ذلك لا يمس الحقوق المكتسبة، وهذا بالطبع ينطبق دائماً على القرارات الإدارية السليمة.

أما بالنسبة للقرارات الفردية، فلا يمكن إلغاؤه إلا إذا لم تكن قد أنشأت حقوقاً للأفراد.

---

[1] د. ثروت بدوي: تدرج القرارات إدارية ومبدأ الشرعية، ص118.

[2] Do you be dere: Traite de droit administratif،1en,edition, p184.

القرار الباطل

هنا نجد أنفسنا أمام مبدأين متعارضين، مبدأ عدم جواز المساس بالحقوق المكتسبة، ومبدأ الشرعية فكيف يمكن التوفيق بينهما؟؟.

يرى بعض الفقهاء وعلى رأسهم "ديجي" بأن مبدأ الشرعية هو دائماً صاحب الأولوية على مبدأ عدم المساس بالمراكز الفردية المكتسبة، وحجته في ذلك أن القرار الباطل لا يولد حقاً، وبناء على ذلك يرى أصحاب هذا الاتجاه إمكان سحب القرار الباطل في كل وقت[1].

على أن الإدارة حينما تقر وضعاً مخالفة للقانون لمدة طويلة لا يجوز لها بعد ذلك أن تأتي فجأة، وتهدم هذا الوضع، وإلا كان في عملها هذا مخالفة لحسن الإدارة.

فاستقرار الأوضاع القانونية، وتأمين الأفراد على حقوقهم المكتسبة مطلب من مطالب الحياة القانونية السليمة.

لذلك كان مبدأ عدم المساس بالمراكز القانونية الفردية أو احترام الحقوق المكتسبة متفقاً عليه بين الكافة لا سيما أن القانون نفسه لا يستطيع المساس بهذه الحقوق، إذن فكيف يمكن السماح للإدارة بزعزعة هذه المراكز؟.

يرى الدكتور الطماوي أن القرار غير المشروع لا يولد حقاً كقاعدة عامة ولكن مرور الوقت المعقول على بقاء القرار المعيب يولد ثقة مشروعة لدى الأفراد في الوضع المترتب عليه، ويحوله من مجرد حالة واقعية إلى حالة قانونية تولد حقاً مشروعاً، فيكون نوع من التقادم المسقط لعيب المشروعية أو من التقادم المكتسب لبقاء القرار غير المشروع.

---

[1]Leon Duguit: Traite de droit en stitutional , p783.

فالحق لا يولد عن القرار غير المشرع مباشرة ولكن عن مرور المدة المعقولة التي يتعين بعدها أن تستقر الأوضاع حتى لا يفاجأ الأفراد بتغيير الأوضاع المألوفة فجأة التي كانوا قد رتبوا أمورهم على بقائها[1].

لقد كان الاتجاه الأسلم «رغم تعدد الاتجاهات حول ذلك» هو الحل الوسط الذي هو بمثابة مصالحة بين مبدأي الشرعية واحترام الحقوق المكتسبة.

هذا الحل الوسط يعطي الإدارة حق سحب القرارات الباطلة بشرط أن يكون ذلك خلال مدة معينة يمتنع بعدها السحب، بحيث يطمئن الأفراد إلى استقرار أوضاعهم، وقد حدد مجلس الدولة الفرنسي ومعه مجلس الدولة المصري هذه المدة بميعاد الطعن بالإلغاء، وفي حالة رفع الدعوى يمتد الميعاد، ويبقى السحب ممكناً طالما لم يصدر الحكم، ولكن فقط في حدود الطلبات المبينة في صحيفة الدعوى[2].

أما إذا كان القرار لم ينشئ حقاً، فسحبه جائز دائماً دون التقيد بميعاد معين إعمالاً لمبدأ الشرعية الذي ينفرد في هذه الحال بإعطاء الحق الواجب الاتباع[3].

ولكن الصعوبة تكمن في معرفة الحالات التي ينشئ فيها القرار الإداري للحق وهذه المدة لدى مجلس الدولة اليوناني هي المدة المعقولة le temp raisonable التي

---

[1] د. الطماوي: القرارات الإدارية، ص687.

[2] د. ثروت بدوي: تدرج القرارات إدارية ومبدأ الشرعية، ص121.

[3] المرجع السابق، ص121.

يترك تحديدها للإدارة تحت رقابة القضاء وهكذا فالإدارة لا تستطيع سحب ترخيص بفتح صيدلية بعد ثمانية سنوات[1] .

لقد أجمع الفقهاء على عدم إمكان إيجاد معيار عام للتمييز بين القرار المنشئ للحق والقرار غير المنشئ له، واكتفوا بتحديد هذه الحالات وفقاً لما يلي: القرارات المنعدمة – القرارات الوقتية – القرارات الولائية – القرارات اللائحية[2] .

- مادامت الرخصة قد صدرت صحيحة بعد استيفاء الشرائط القانونية وإعمال الإدارة سلطتها التقديرية، فيكون تغييرها أو سحبها نهائياً قد صدر مخالفاً للقانون[3] .
- حكم محكمة القضاء الإداري في مصر بسلامة القرار الصادر بسحب الترخيص الممنوح بفتح صيدلية على خلاف القانون[4] .
- وإقرار المحكمة الإدارية العليا في مصر هذا القضاء في حكمها الصادر في 1962/6/13 على اعتبار أن الأمر يتعلق بسلطة مقيدة – شروط معينة في منح الرخصة لا يمكن التحلل منها[5] .

ويترتب على سحب القرار إعمال الأثر الهادم والأثر الباني على التوقيع الذي سبق الإشارة إليه، أي لا يكتفي القرار الساحب بإلغاء القرار المسحوب بأثر رجعي

[1] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص269.

[2] د. ثروت بدوي: تدرج القرارات الإدارية، ص121.

[3] مجلس الدولة المصري: 1961/5/13، س6، ص1075.

[4] 1959/4/14، السنة 12و13، ص188.

[5] 1962/6/13، السنة7، ص237.

فحسب بل إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل صدور القرار المسحوب: الرجعية البناءةla rétreactirite constructire.

ومع ذلك فهنالك آثار تتأبى على الزوال، من ذلك الأعمال الصادرة عن الموظف قبل سحب قرار توظيفه، فهذه الأعمال تبقى صحيحة في إطار نظرية الموظف الفعلي.

وعلى صعيد الرخصة، سحب قرار بفتح صيدلية لا يمكن أن يؤدي إلى إعدام العلاقات التي نشأت بين المرخص له وعملائه[1].

وقد علمنا أن القرار المنشئ هو «على حد رأي بعض الاتجاهات القانونية وليد السلطة التقديرية» للإدارة والعكس بالنسبة للسلطة المقيدة التي تقتصر على تنفيذ القانون.

وهكذا تنتقل معركة السحب إلى صعيد السلطة التقديرية وعلى أرضها، ونجد بالتالي من يدلل بأن القرارات غير القابلة للسحب هي القرارات الوليدة للسلطة التقديرية، وهذا ما يتضح من حكم محكمة القضاء الإداري في مصر الصادر في 1953/11/29، والمتضمن: ومن حيث أن قضاء هذه المحكمة قد استقر على أنه يشترط لصحة الاستناد إلى الحصانة التي تكتسبها القرارات الإدارية بفوات مواعيد طلب إلغائها أن تكون تلك القرارات منشئة لمراكز قانونية لأصحاب الشأن فيها صادرة في حدود السلطة التقديرية المخولة للجهات الإدارية، بمقتضى القانون، أما إذا كانت تلك القرارات ليست إلا تطبيقاً لقواعد آمرة مقيدة تنعدم فيها سلطتها التقديرية من حيث المنح والحرمان فإنه لا يكون ثمة قرار إداري منشئ لمركز قانوني، وإنما يكون القرار مجرد تنفيذ وتقرير للحق الذي يستمد من القانون مباشرة ومن ثم يجوز للسلطة الإدارية سحب قراراتها التي من هذا القبيل

[1] د . سليمان الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية، ص54.

في أي وقت متى استبان لها مخالفتها للقانون إذ ليس هنالك حق مكتسب في هذه الحالة يمتنع على الجهة الإدارية المساس به.

ومن حيث أنه يستخلص مما تقدم أنه يجب التفرقة بين القرارات المنشئة لمراكز قانونية بناء على السلطة التقديرية للجهة الإدارية، وبين القرارات التنفيذية المبنية على سلطة مقيدة، ومن المسلم به في الحالة الأولى أن من خصائص القرار الإداري أن يصدر عن سلطة عمومية تملك إصداره، وذلك بقصد إحداث أثر معين من شأنه إنشاء مركز قانوني بالنسبة إلى أحد الأفراد، وقرار هذا شأنه يصح أن يكون محلاً لطلب الإلغاء من صاحب المصلحة، وللسحب من السلطة العمومية التي أصدرته، وذلك في الميعاد القانوني.

أما في الحالة الثانية، فإذا كان القرار كاشفاً لحق أحد الأفراد المستمد من القانون وجاء في كشفه لهذا المركز مجانياً الصواب، فإنه يجوز للسلطة العمومية أن تصحح ما ورد فيه من خطأ، ولو جاء التصحيح بعد الميعاد القانوني، إذ أن المركز القانوني للفرد قد حددته النصوص وقواعد القانون الآمرة من قبل[1].

وهذا ما أكدته هذه المحكمة في حكمها الصادر في 1959/4/26 القائل: ((إن حق الإعفاء المنصوص عليه في المادة 38 من قانون القرعة القديم الصادر في 1901/11/4 إنما هو حق مصدره القانون، وما القرار الصادر بالإعفاء، من إدارة التجنيد إلا قرار تنفيذي لا ينشئ الحق في الإعفاء، وإنما يقرره، ويتعين على الجهة المختصة أن تصدره متى توافرت في صاحب الشأن الشروط))[2].

---

[1] السنة الثانية، ص131.

[2] السنتان 12و13، ص172.

وهذا هو عيب تأكيد المحكمة الإدارية العليا في مصر بقولها : إن للإدارة الرجوع فيها دون التقيد بمواعيد السحب في القرارات الإدارية الباطلة لأن المطعون عليه يستمد حقه من تلك التسوية، وإنما يستمده مباشرة من القانون إن كان له حق بموجبه[1].

وأبعد من ذلك فقد وجدنا من ينكر صفة القرارات بالنسبة إلى تصرفات الإدارة المقيدة.

ويمكن تلخيص هذه الحجة على النحو التالي: ما دام الحق يستمد من القانون أو اللائحة رأساً، وليس عمل الإدارة إلا تسجيلاً أو تنفيذاً لما يقرره القانون أو اللائحة، فإن عمل الإدارة في هذه الحالة لا يعدو أن يكون عملاً مادياً، ولا يتمكن أن يرقى بحال من الأحوال إلى مرتبة القرار الإداري الذي يقوم – كما يعرفه القضاء – على أنه إفصاح عن إرادة ذاتية والحصانة كما رأينا لا يتمتع بها إلا القرار الإداري، وعلى ذلك يجوز للإدارة أن تصحح الوضع المادي الخاطئ إذا ما تبينت خطأها في كل وقت، ومتى ظهر لها أن تسجيلها للحالة التي يقررها القانون أو اللائحة كان غير صحيح[2].

ولقد تناول الأستاذ عبدة محرم هذه الفكرة في مقالة عن سحب القرارات الإدارية، وصاغها صياغة على النحو التالي:[3] هنالك من القواعد التنظيمية ما ينشئ مراكز قانونية، وتحدد بدقة شروط الانتفاع بها، ولكنها تعلق ذلك على صدور قرار من الإدارة، ويكون تدخل الإدارة هنا ضرورياً لتفهم حكم القاعدة وضبط حدودها ومراميها، وتفسير الغامض منها أو لأسباب أخرى يرى المشرع معها ألا

---

[1] 1958/6/12، السنة الثالثة، ص529.

[2] د. سليمان الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية، ص722.

[3] المرجع السابق، ص723 وهو من عرض لهذا الرأي.

ينشأ المركز أو الوضع الفردي مباشرة نتيجة للقاعدة، بل للقرار التنظيمي الذي يصدر تطبيقاً لها وقد أطلق عليها تسمية القرارات الفردية التطبيقية.

وهنالك قواعد تنظيمية أخرى تنشئ مراكز شخصية مباشرة دون تعليق ذلك على صدور قرار فردي عن الإدارة، ويكون عمل الإدارة مقصوراً على مجرد تنفيذ الوضع أو المركز الفردي الذي ينشأ من القاعدة القانونية مباشرة أو على تسجيله وشهره.

ولقد أطلق عليها أيضاً تسمية القرارات التنفيذية وواضح أن هذه القرارات التنفيذية ليست قرارات إدارية بل أعمال مادية actes materielles[1].

وبالطبع فقد وجدنا للتمييز السابق على صعيد الرخصة الإدارية، وفي الأحكام الآتية:

- إن الأمر في منح الترخيص متعلق بسلطة مقيدة بشروط معينة ويمكن التحقق منها، ومن ثم يجوز للمصلحة سحب هذه الموافقة، متى تبين خطؤها[2].
- أجازت محكمة القضاء الإداري في مصر سحب الترخيص بفتح صيدلية لأن الأمر يتعلق بسلطة مقيدة بشروط معينة في منح الرخص لا يمكن التحلل منها[3].

ومع التنويه بأن سحب الترخيص بفتح الصيدلية لا يمكن أن يؤدي إلى إعدام العلاقات التي نشأت بين المرخص له وعملائه[4].

---

[1] عرض لهذا الرأي د. سليمان الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية، ص723.

[2] مجلس الدولة المصري: 1959/4/14، س12و13، ص188.

[3] حكمها الصادر في 1962/6/13، السنة 17، مجموعة ص237.

[4] د. سليمان الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية، ص754.

ولكن هل يجوز السحب استناداً إلى خطأ الإدارة؟

يجب في هذا المقام التفرقة بين الخطأ المادي والخطأ القانوني فالأول يجوز تصحيحه في كل وقت، وهذا ما أكدته محكمة القضاء الإداري في مصر بقولها: ((هنالك فارق بين الخطأ المادي الذي هو مجرد خطأ في الكتابة والنقل، فلا يدل بذاته على إرادة ملزمة بقصد إنشاء مركز قانوني، والخطأ القانوني الذي يعيب القرار الإداري، فيجعله قابلاً للطعن بالإلغاء من ذوي الشأن، وبالتالي سحبه من جانب الإدارة في الموعد القانوني المحدد بذلك، ففي الحالة الأولى يجوز للإدارة أن تصحح الخطأ في أي وقت، لأنه لا يوجد قرار إداري بالمعنى القانوني يقع عليه السحب في الموعد القانوني، وأما في الحال الثانية فيجب أن تتم إجراءات السحب خلال ستين يوماً من تاريخ صدور القرار المخالف للقانون، وإلا اكتسب حضانة وأصبح بمنأى عن الطعن والسحب))[1].

بيد أنه يجب التمييز بالنسبة للخطأ القانوني بين اختصاص الإدارة المقيد واختصاصها التقديري.

فإذا كان الخطأ في الرأي، بصدد ممارسة اختصاص تقديري للإدارة، فالمسلم به أن مثل هذا الخطأ لا يبرر السحب ما لم يتدرج تحت مفهوم إساءة استعمال السلطة[2].

وبالعكس بالنسبة لممارسة الاختصاص المقيد، فهنا يصبح القرار مشوباً بعيب مخالفة القانون[3] erreur de droit.

---

[1] 1957/6/20، س11، ص572.

[2] حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر: 1959/5/23، السنة الرابعة، ص1309.

[3] د. سليمان الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية، ص682.

ويتحقق ذلك، فيما لو اشترط القانون لجواز منح ترخيص بفتح مصنع أن يكون بعيداً عن الأماكن المأهولة بمسافة محددة...الخ.

ففي هذه الحال يكون الخطأ المادي مؤدياً إلى الخطأ في تطبيق القانون[1].

و**الخلاصة** أن الخطأ في تقدير الوقائع لا يبرر السحب إلا في حال ممارسة اختصاص مقيد[2].

ويرى "ستاسينوبولس" أن الخطأ في الواقع يبرر للإدارة السحب ضمن المدة القانونية والإدارة لا تستطيع السحب فحسب وإنما عليها بسحب الرخصة الإدارية بإقامة مصنع إذا كانت حسابات المسافة خطأ، والأمر نفسه بالنسبة للتكييف للوقائع، وإن كان من الناحية العملية غير مطبق[3].

وهذا ما أكده مجلس الدولة المصري بقوله: أن المدعى وقد منح إقامة لمدة سنة على أساس أنه مقيم إقامة مستمرة من سنة 1931، فهذا المنح المؤسس على بيانات خاطئة لا تجيز له الاستفادة مما منح به.

ذلك أن المدعى يستمد إقامته من القانون، وطالما أنه وفقاً لأحكام القانون لا يصير من الأجانب ذوي الإقامة الخاصة أو العادية، فلا يجوز أن يفيد من خطأ وقع فيه القائمون على تنفيذ القانون[4].

ولكن ما الشأن بالنسبة للقرار المعدوم؟.

---

[1] حكم مجلس الدولة الفرنسي: 1951/6/12، قضية:

union commerciale de brodeaux Bassens

مجلة القانون العام، سنة 1951، ص889.

[2] د. سليمان الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية، ص684.

[3] ستاسينوبولس: المطول في القرارات الإدارية، ص184.

[4] 1954/3/21، السنة الثامنة، ص501.

هذا القرار بلغ من العيب الجسامة التي تجرد من كيانه ومن صفته الإدارية وتجعله مجرد عمل مادي لا يتمتع بما تتمتع به القرارات الإدارية سليمة كانت ام معيبة بأية حصانة ولهذا فالإدارة تستطيع سحبه في أي وقت تشاء.

ولكن ما هو الشأن بالنسبة لسحب قرار إداري حصل عليه أحد الأفراد نتيجة غش أو تدليس[1]؟.

لا شك أن الغش أو التدليس fraud يفسدان كل شيء fraus omnie corrumpt فهما من عيوب الرضا، ومع ذلك فقد راعى مجلس الدولة وضع المستفيد من الغش، وما إذا كان حسن النية أو العكس.

ففي الحال الأولى تكون الإدارة هي التي أخطأت وعليها تحمل الخطأ، أما في الحال الثانية، فهو الدافع لها، ولذلك فلا يستحق أية حماية[2] .

ومن تطبيقات ذلك أن أحد الأجانب حصل في فرنسا على الجنسية بناء على تقديمه أوراق وحقائق عن شخصه وماضيه، وقد صدر المرسوم بمنحه الجنسية، ثم اكتشف غشه بعد بضع سنوات من تجنسه فصدر مرسوم آخر بسحب قرار منح الجنسية وبرفض الطعن[3] .

غني عن البيان أن الإدارة تملك سحب التراخيص في حال الضرورة، وهذا ما أكده مجلس الدولة المصري بالنسبة لسحب تراخيص الإدارة العامة، يقول هذا المجلس:

---

[1] حكم المحكمة الإدارية العليا في سوريا، 418، تاريخ 1981/11/5، القضية رقم 322.

[2] د. سليمان الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية.

[3] 1993/4/12، قضية sororitch، المجموعة، ص520، وانظر حكم مجلس الدولة المصري بشأن تمديد أجنبي إقامته وانظر حكم مجلس الدولة، 1952/3/12، السنة7، ص658.

إذا تبين أن في استمرار إدارة محل من المحلات خطراً داهماً على الصحة أو على الأمن العام سواء أكان يرجع الحظر إلى إدارة المصنع أو السلطة التي ينتجها[1].

ولكن ما هي الجهة الإدارية المختصة بسحب قرار الترخيص؟.

ليست هنالك مشكلة إذا قام القانون بتحديد هذه الجهة، إذ تكون الجهة المختصة بالسحب هي الجهة التي حددها القانون.

ولكن السؤال المطروح هو: ما هي الجهة المختصة في حال سكوت القانون؟.

هنالك مبدأ عام مقرر في القانون الإداري مفاده أن من يملك إبرام عمل يملك نقض هذا العمل. فالاختصاص يمنح ترخيص يتضمن الاختصاص بسحب الترخيص[2].

وغني عن البيان أن الإدارة تستطيع خارج الشروط والأوضاع السابقة أن تسحب التراخيص بالأسلحة والذخائر أو المواد القابلة للانفجار أو المفرقعات على اختلاف أنواعها والأمر بتسليمها وضبطها وإغلاق مخازن الأسلحة، كل ذلك طبقاً لظروف وشروط إعلان حالة الطوارئ، هذا فضلاً عن مصادرة وتعطيل وإغلاق أماكن طبع الصحف[3].

والجدير بالذكر أن الإدارة قد تضع على تصرفاتها مزيداً من الصولجان والسلطان متذرعة في ذلك بأعمال السيادة كيما تنجو هذه التصرفات من رقابة القضاء، والقضاء الإداري يتصدى بقوة لهذه التصرفات ويزنها بالميزان القسط مراعياً في ذلك مقتضى أمن الدولة من جهة وحقوق المواطنين من جهة أخرى.

ومن الحالات التي رفض فيها القضاء الإداري في مصر نسبة تصرفات الإدارة إلى أعمال السيادة، من ذلك:

---

[1] محكمة القضاء الإداري 1959/4/21، سنة 12-13، ص134.

[2] د. طعمة الجرف: قضاء الإلغاء، القاهرة، دار النهضة العربية، 1977، ص242.

[3] د. سليمان الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية، ص114.

- القرار بهدم زريبة[1].
- القرار بإلغاء بلدة[2].
- القرار بمنع أحد المواطنين من السفر إلى الخارج[3].

ولقد عللت محكمة القضاء الإداري موقفها هذا تعليلاً يتفق مع المنطق السليم كاشفة الغطاء عن المقصود من التدابير الخاصة بالأمن الداخلي والخارجي للدولة بأن الإجراءات العليا التي تلجأ إليها الحكومة بموجب سيادتها حفظاً لسلامة الدولة في الداخل أو في الخارج، وليس هذا شأن القرار الصادر عن وزارة الداخلية بسحب رخصة بندقية[4].

ولقد جهد القضاء الإداري في مصر لوضع معيار عام يزن به لأعمال السيادة، فهو يرى أن القرارات الإدارية العادية التي تتخذ تنفيذاً للقوانين واللوائح ليست من أعمال السيادة في شيء. وما دام هناك نص يتضمن ما يجب اتخاذه من الإجراءات وما يلزم توافره من الشروط لإتمام عمل من أعمال الإدارة، فالقرار الإداري الذي يصدر بالتطبيق لهذا النص يتدرج في دائرة أعمال الحكومة العادية، حتى لو كان هذا القرار، إنما هو تطبيق لإجراء يعتبر من أعمال السيادة، كما هو الشأن في القرارات الفردية التي تتخذ تنفيذاً للأحكام العرفية[5].

---

[1] حكم مجلس الدولة المصري: في 1949/5/31، السنة الثالثة، ص891.

[2] حكم مجلس الدولة المصري: الصادر في 1949/2/22، السنة الرابعة، ص32.

[3] حكم مجلس الدولة المصري: الصادر في 1950/2/12، السنة الرابعة، ص402.

[4] السنة الثانية، ص514.

[5] حكم مجلس الدولة المصري: الصادر في 1951/6/26، السنة الخامسة، ص1099.

حسن نية صاحب العلاقة

إن الأساس القانوني لعدم إمكان إلغاء القرارات الإدارية غير المشروعة يكمن في حماية مراكز الأفراد حسني النية.

وبالطبع فإذا ما عمد هؤلاء الأفراد إلى تقديم الطعن متمسكين بالمركز الذي نشأ لصالحهم، فالإدارة تستطيع الدفع بالتدليس، exéeption doli.

وبمعنى أوضح فإن علاقة صاحب العلاقة بالإدارة يجب أن يكون محكوماً بمبدأ حسن النية conforme á la bonne foi، أي ألا يكون مسؤولاً عن عدم شرعية القرار، ولم يتحرك هذا القرار بفعل أعمال غش صدرت عنه[1] agissement fraudulau.

وبصورة عامة لا توجد نصوص قانونية تنظم ذلك، وإن كان هنالك بعض النصوص الخاصة في التشريع الألماني (لائحة Bodoi الصادرة في 1984/8/31) التي ترتب إلغاء القرار إذا حصل على الغش، والأمر نفسه بالنسبة لقانون thuring لعام 1926 المتضمن إلغاء القرار إذا ما حصل عليه صاحب العلاقة بصورة غير مشروعة llicites، وهو عين موقف المادة 32 من قانون الموظفين الألماني الصار عام 1937، فقد تضمن إلغاء التعيين الذي يتم بالغش أو الإكراه أو الفساد corruption.

وهذا هو مسلك قانون الموظفين اليوناني الصادر عام 1951، فقد نص على إلغاء التعيين غير القانوني إذا كان صاحب العلاقة قد ساهم في إصداره، وفي الوقت

[1] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص270.

نفسه فقد عرض هذا القانون إلى تنظيم الجامعة وأفرد نصاً يقضي بإلغاء الدبلوم الذي يحصل عليه التلميذ بالغش[1].

ويرى الفقيه اليوناني "ستاسينوبولس" أن التصرفات القانونية المشوبة بالغش تتضمن العنصرين الآتيين:

1- مسؤولية مرتكب الغش.

2- التأثير على القرار الإداري.

وهذه المسؤولية ولا شك تتحدد على أساس توفر القصد بإيقاع الإدارة بالغش، ومظهر ذلك إما وجود تصريح رسمي من قبل مرتكب الغش أو التزامه الصمت اتجاه الحقيقة[2].

وهنالك قرينة مفترضة بقيام التزوير إذا ما عمد صاحب العلاقة إلى تأكيد وقائع غير سليمة أدت إلى إصدار القرار الإداري.

وبالمقابل إذا ما احتفظ صاحب العلاقة بالصمت في مواجهة حقيقية ما، فهذا الأمر ليس بالضرورة وبصورة دائمة أن يكون دليلاً على وجود الغش.

وبيان ذلك أن الإدارة إذا لم تطلب من صاحب العلاقة تصريح رسمي declaration formelle حول مركز معين réele، فهي لا تستطيع في مثل هذه الحال أن تلومه بمقولة أنه لم يقم تلقائياً بالتعبير عن إرادته حول ذلك[3].

وحقيقة الأمر أن الإدارة لا تستطيع أن تطلب من الفرد أن يبذل من العناية ما يفوق عناية الموظفين الذين لدى الإدارة.

---

[1] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص270.

[2] المرجع السابق، ص271.

[3] المرجع السابق، ص271.

ومع ذلك، ففي بعض الحالات لا يختلف الفرد الذي يحتفظ بالصمت اتجاه واقعة متعلقة بإصدار قرار، لا يختلف في هذا الصمت عن حال التعبير الإداري الصريح.

هكذا يستشهد الفقيه "ستاسينوبولس" بالمثال الآتي: ينص القانون على أن باب القبول في المدرسة العسكرية غير مفتوح إلا بالنسبة للمرشحين ذوي السلوك الحسن.

ولقد حدث أن مرشحاً التزم الصمت اتجاه واقعة أنه أحيل من قبل مدرسة عسكرية بسبب سلوكه غير الحسن وكان هذا الصمت سبباً في قبوله ومن ثم فهذا القبول لا يمكن أن يعتبر قائماً على حسن النية بمقولة أن الإدارة لم تستفهم منه بصورة صريحة عن ماضيه.

ولكن سؤالاً آخر يطرحه الفقيه "ستاسينوبولس" وهو ما إذا كان الإهمال الكبير lorde negligence من قبل صاحب العلاقة يشبه الغش.

مبدئياً «والكلام للفقيه المذكور» الجواب بالإيجاب لسبب بسيط هو أن صاحب العلاقة مدعو قانوناً للتعاون مع الإدارة من أجل إصدار القرار بصورة سليمة، مع بذل الاهتمام المناسب.

وهذه المسؤولية متوفرة أيضاً إذا ما حاول صاحب العلاقة أن يفسد errunnpse الموظف المختص بشأن إصدار القرار[1].

وبالطبع يشترط أن تكون هنالك علاقة سببية بين الغش وإصدار القرار dolus causom dens.

---

[1] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص271.

والأمر نفسه إذا لم يكن الغش السبب الحصري exclusive، وإنما أحد الأسباب التي تساهم في إصدار القرار[1].

هذا ونشير إلى أن أعمال الغش لا تشكل دائماً جريمة جزائية، ولا بالضرورة ذلك الغش المدني.

وبصورة عامة فنحن في أعمال الغش حيال مسألة واقع تخضع لتقدير القاضي الذي يستطيع أن يطلبه إكمال الدليل حول ذلك.

ولكن السؤال الهام المطروح هو: ماذا بالنسبة لإصدار الإدارة قرار غير مشروع محمول على معطيات تقوم على غش إداري مقترف ليس من قبل صاحب العلاقة وإنما من قبل شخص ثالث tierée personne، أو من قبل جهة عامة[2].

إذا كانت المسألة تتصل بعدم علم صاحب العلاقة، فلا يسأل في مثل تلك الحال عن ذلك، والقرار يلغى ولكن ليس بسبب عدم توفر النية الحسنة، بل بسبب الخطأ في الواقع.

ولكن إذا كان صاحب العلاقة في بذله العناية العادية يستطيع أن يعلم بأعمال الغش من قبل الأشخاص الآخرين، فهنا يتحمل صاحب العلاقة المسؤولية، وذلك بتطبيق «طريق القياس» المبدأ المدني[3].

ولقد أتيح للقضاء أن يصدر عنه قضية تنطبق على الحال الأخيرة من ذلك:

---

[1] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص272.

[2] المرجع السابق.

[3] المرجع السابق، ص273.

- قبول تلميذ في مدرسة بناء على تصريحه غير السليم المتضمن أنه يحمل الشهادة الابتدائية والقرار الصادر بذلك قابل للإلغاء في أية لحظة وبعد عدة سنين[1].
- تعيين محام وموظف وترقية موظف[2].
- الحصول على رخصة بإشغال قطعة أرض حصل عليها صاحب العلاقة بالغش بمقولة أنه من ضحايا الحرب[3].

ولقد قرر مجلس الدولة الفرنسي أنه إذا استحصل الشخص على الجنسية بإجراءات تدليسية، بقصد إخفاء هويته الحقيقية، فإنه لا يجوز الاعتداد بالحقوق المكتسبة في هذا المجال[4].

هذا ونشير إلى أن الأعمال التي تنطوي على الغش والصادرة عن صاحب العلاقة، هذه الأعمال ليست هي سبب عدم شرعية القرار الإداري.

إن أعمال الغش هذه «وتبعاً للحال» مدعاة للمخالفة القانون أو الخطأ في الواقع أو عدم صحة السبب، وبمعنى أوضح أنها مدعاة لعيب في دفع الإدارة بفعل صاحب العلاقة للاندفاع بدون تقصد sciemment، ومن ثم فكل حال من هذه الحالات تبرر بصورة مبدئية إلغاء القرار[5].

---

[1] C.E.M,189,1932.

[2] C.E.M,907, (1931)-56(1933)-364 (1931).

[3] C.E.M,952, (1933).

[4] C.E.13,Avrel,1935,Sarraviteh,Ree,520.

[5] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص273.

ووفقاً للقواعد العامة لا مجال لهذا الإلغاء إلا خلال فترة زمنية معقولة، وبعد انقضاء هذه المدة يستطيع صاحب العلاقة ذو النية الحسنة أن يعارض في الإلغاء استناداً إلى مبدأ استقرار المراكز القانونية.

ومن جهة أخرى فإذا كان الاعتراض قد وجه من قبل صاحب المصلحة الذي كان سبباً في إصدار القرار، وبالاستناد إلى أعمال الغش التي صدرت عنه، إذا كان الأمر كذلك فالإدارة ترفض الاعتراض مستندة في ذلك إلى دفع الغش.

ويتضح من ذلك أن نتائج التدليس dol الصادرة عن القرار لا تنعكس فقط على وصم القرار بالعيب ومن ثم الإلغاء، بل يتعدى ذلك إلى إطالة الحق في الإلغاء إلى مدة غير محددة temps indéfini، وهذا الإمكان لم ينشأ من التدليس، إنما من العيب الذي أصاب القرار وبالذات من العيب الذي أصاب القرار في مصدره تبعاً لعدم الشرعية الموضوعية[1].

والأمر نفسه عندما يصدر القرار « الذي تحرك بفعل عمل الغش» بناء على سلطة تقديرية – فهنا يصبح من الصعب البحث عن مخالفة القرار للقانون[2].

فعلى سبيل الافتراض إذا مارس الوزير سلطته التقديرية في تعيين مرشح مستنداً في ذلك إلى وثيقة مزورة faux lertificate نؤكد أنه سبق للمرشح العمل لدى مرفق عسكري، فهنا شرط المرفق السابق ليس مطلوباً بالقانون والتعيين الذي تم مستقلاً عن التصريح العمد ليس المقدم من قبل المرشح لم يصطدم بشيء قانوني.

والسؤال المطروح هو: هل يمكن القول أن هذا التدليس يشكل عيباً قائماً بذاته؟.

---

[1] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص274.

[2] المرجع السابق، ص274.

وبالتأكيد لا، ذلك انه إذا كان القرار قد أثار واقعة المرفق المزعوم من قبل المرشح من أجل تبرير تعيينه، عندئذ فالقرار مصاب بعيب عدم الشرعية لجهة سببه وليس بسبب أعمال الغش.

والأمر نفسه إذا كان القرار لم يشر بصورة واضحة هذا السبب وإنما صدر مستنداً إلى شرط الوثائق المبرزة في الإضبارة والتي خضعت إلى تمحيص الوزير ووزنه له، ففي مثل هذه الحال نحن حيال سبب غير سليم يرتب عدم شرعية القرار[1].

وأخيراً إذا كان القرار لم يكن سبباً في تحريك أعمال الغش ولا يتعلق بالسبب المستمد من السلف، فغش الفرد هنا ليس له تأثير على قابلية القرار للإلغاء، وهذه الحال الأخيرة محكومة بالشرعية أو عدم الشرعية الموضوعية، ومن ثم فالغش الذي لا يؤثر على القرار ليس إلا عنصراً ذاتياً ولا تأثير على القيمة القانونية للقرار[2].

ويترتب على ذلك أيضاً وباستبعاد تطبيق قواعد القانون المدني على القانون الإداري، فإن النتائج المترتبة على غش صاحب العلاقة، هذه النتائج يجب أن توزن في ميزان مبادئ القانون الإداري، ألا وهي: مبدأ اتفاق القرار الإداري موضوعياً مع القانون إضافة إلى مبدأ استقرار المراكز الإدارية[3].

وبصورة استثنائية، يمكنا أن نقبل القول بأن الغش هو ذلك السبب بذاته الذي يؤدي إلى إصدار القرار المعيب، وتلك هي الحال التي سبق الإشارة إليها والمتعلقة بالموظف العاد الذي استقال بعد قبضة التعويض القانوني.

---

[1] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص274.

[2] المرجع السابق، ص274-275.

[3] المرجع السابق، ص275.

هذا السلوك التدليسي جزاؤه فقدان المزايا الممنوحة بالقانون.

واستناداً إلى مبدأ الغش يفسد كل شيء frau ommie corrumpit[1].

وقف التنفيذ في مجال الترخيص

وهذا الاستعجال قد يظهر في مجال القرار أو العقد المقررين للترخيص، طالما أن هذا الاستعجال يتمخض عن نتائج يتعذر تداركها، على أن النتائج المتعذر تداركها «كوصف قانون»ي تشكل ركن الاستعجال وقوامه وجوهره وماهيته، هذا الوصف القانوني يسمح بإشادة نظرية للاستعجال في كافة مجالات وفروع القانون العام والخاص.

وبالطبع فآلية العقد المؤيدة بالترخيص شحيحة، وبذلك يغدو القرار الإداري هو الأداة الأساسية لتوليد هذه الظاهرة القانونية، وفي إطارها يصح التساؤل عن هذا الاستعجال.

والأصل «وفقاً للقواعد العامة» أن كل قرار إداري يجوز الطعن فيه بالإلغاء يجوز الأمر بوقف تنفيذه، يستوي في ذلك القرار الشفوي والقرار المكتوب، كما يستوي في ذلك القرار الصريح والقرار الضمني أو القرار الحكمي.

فوقف التنفيذ يظهر في أحضان قرار إداري معيب بأحد عيوب القرار الإداري، وبالطبع فوقف تنفيذ القرار في سوريا ليس نظرية قضائية وإنما هو نظرية وضعية ظهرت في إطار النصوص (قانون مجلس الدولة).

ويتضح من قانون مجلس الدولة أن شروط وقف التنفيذ تتطلب ما يلي:

[1] ستاسينوبولس: القرارات الإدارية، ص275.

1- أن يكون هنالك قرار إداري.

2- أن يجوز الطعن في هذا القرار بالإلغاء.

3- أن يتقدم هذا الطلب أمام إحدى محاكم جهة القضاء الإداري، ألا وهي محكمة القضاء الإداري أو المحكمة الإدارية أو المحكمة التأديبية بحسب الأحوال.

أما إذا كان المختص ينظر طلب الإلغاء قاضياً آخر غير مجلس الدولة، فهو يملك أو لا يملك الأمر بوقف التنفيذ بحسب النصوص التي تنظم ولايته، وهذا يعني أن الأمر بوقف التنفيذ خروج على الأصل العام، ولا يتقرر إلا بنص.

4- أن يتقدم صاحب الشأن بوقف التنفيذ في إطار دعوى الإلغاء.

وفي ذات صحيفة دعوى الإلغاء، أي أن طلب وقف التنفيذ تابع لطلب الإلغاء وأخيراً يشترط في طلب وقف التنفيذ أن يكون محمولاً على الاستعجال وأن يقوم طلب الإلغاء على أسباب جدية.

1- شرط الاستعجال:

ويقصد في ذلك أن يكون تنفيذ القرار المطعون فيه من شأنه أن يرتب نتائج لا يمكن تداركها فيما لو قضي بإلغائه[1].

مثال ذلك القرار الصادر بحرمان طالب من فرصة دخول الامتحان، أو بهدم منزل أثري أو بمنع مريض من السفر إلى الخارج للعلاج، أو بإلغاء رخصة بيع خمور لمحل سياحي[2].

ولقد اعتبر الفقه والقضاء تقييد الحرية الشخصية بطبيعته من أبرز صور الاستعجال لما يترتب على هذا التقييد من نتائج يتعذر تداركها[1].

---

[1] د. عبد الفتاح حسن: قضاء الإلغاء، ص332.

[2] محكمة القضاء الإداري في مصر: 1963/12/24، ق132، مجموعة 961-966.

وهذا ما أكدته أيضاً المحكمة الإدارية العليا في مصر بتأييد الأمر الصادر بوقف تنفيذ قرار صدر برفض الترخيص للمدعي بالإتجار في الأسلحة، باعتبار هذا القرار ينطوي على تقييد لحريته في العمل بتنحية عن إدارة محلات الأسلحة والذخائر التي يملكها استناداً إلى أنه مصاب بمرض عقلي من شأنه أن يترتب عليه أضرار جسيمة يتعذر تداركها تتمثل ليس فحسب في حرمانه من مباشرة نشاطه التجاري، بل مما يترتب على هذا الحرمان المستند إلى وضعه بأنه مصاب بمرض عقلي من عدم الثقة فيه والقضاء على سمعته كتاجر في المجال الذي يعمل فيه، وهو مجال تقوم العلاقات فيه على أساس الثقة والائتمان[2].

هذا وندلل استطراداً أن الاستعجال كشرط موضوعي لقبول طلب وقف التنفيذ لا يلزم إذا كان القرار معدوماً[3].

وبالطبع فليست القرارات المقيدة للحرية الشخصية وحدها تتسم بسمة الاستعجال بل القرارات التي تعطل الحريات العامة التي كفلها الدستور، كأن تفرض حجراً على حرية الرأي وعلى حق التعبير بوسائل التعبير المشروعة كالصحافة وغيرها[4].

---

[1] د. عبد الفتاح حسن: قضاء الإلغاء، ص332، وانظر محكمة القضاء الإداري في مصر، 1951/7/31، السنة 5، ص1150، ق371 – 1951/6/30، السنة 6، ص1390، ق589.

[2] 1966/11/19، س12، ص1229، ق22.

[3] د. عبد الفتاح حسن: قضاء الإلغاء، ص333.

[4] حكمة القضاء الإداري في مصر: 1982/2/11، الدعوى رقم 3123، لسنة 35 قضائية.

ولقد جرى القضاء الإداري في مصر[1] على رفض هذا الطلب متى ثبت أن القرار قد نفذ وأنه قد رتب آثاره فعلاً، كأن يكون المنزل الذي صدر قرار بهدمه قد هدم بالفعل.

بيد أن هذا الموقف من القضاء كان موضوع نقد الفقه بمقولة أن ذلك يدفع الإدارة إلى المسارعة في تنفيذ القرار وتفويت الفرصة على صاحب المصلحة[2].

لذلك يرى هذا الفريق أن تنفيذ القرار يمنع من الأمر بوقف تنفيذه في حال واحدة هي وجود استحالة مادية تمنع من إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التنفيذ بحيث لا يتصور عقلاً الأمر بوقف التنفيذ.

2- أن يرد طلب وقف التنفيذ في ذات عريضة دعوى الإلغاء:

ولقد شرحت المحكمة الإدارية العليا في مصر هذا الشرط بقولها: إن طلب وقف التنفيذ لا يعدو أن يكون طعناً في القرار المطلوب إلغاؤه، وأن وجه الاستعجال المبرر لطلب وقفه، كما حدده القانون هو أن يترتب على تنفيذ القرار نتائج يتعذر تداركها.

وفي بعض الأحيان تثور صعوبة تحديد الجهة الإدارية التي لها حق استيفاء البدل المالي الخاص بالتراخيص، وهل هي المرافق المحلية أم السلطات المركزية، وهذا ما يتضح من فتوى مجلس الدولة المصري بأن (الحمامات العامة البلدية والمغاسل العامة البلدية بمدينة القاهرة تتبع مجلس بلدي مدينة القاهرة، أما الحمامات العامة القومية، فلا تتبع المجلس البلدي ولما كانت حمامات حلوان لا يقتصر نفعها على سكان مدينة القاهرة وحدهم، بل لا يقتصر على مصر وقطانها بما لها من

---

[1] د. عبد الفتاح حسن: قضاء الإلغاء، ص333.

[2] المرجع السابق، ص33 وهذا هو رأي محكمة القضاء الإداري في مصر بشأن إبعاد أجنبي: 1951/8/18، س6، ص1325، ق582.

الأهمية لدى العالم، لذلك نرى أن حمامات حلوان لا تعتبر من المرافق البلدية، ويكون بالتالي لا محل لإشراف مجلس بلدي مدينة القاهرة عليها)[1].

وقول مجلس الدولة المصري أيضاً: ((أن المتاحف التي تتمثل فيها نشاط الحكومة المركزية وسياستها العامة القومية من المصالح القومية التي لا يترك أمر إدارتها للدولة ذاتها، أما المتاحف العادية الخاصة بمدينة أو إقليم، والتي لا يظهر فيها المعنى السالف الذكر، فإنها تعتبر من المتاحف الإقليمية التي يترك أمر إدارتها إلى الهيئات المحلية المختلفة للإقليم أو المدينة))[2].

وبالطبع فهذا التحديد ينعكس لناحية الجهة المختصة بمنح الترخيص واستثناء الرسوم المطلوبة، وهذا ما يتضح من فتوى مجلس الدولة المصري الصادر في 1954/2/3 رقم 52 السنة الثامنة ومنتصف التاسعة ص51 (المتضمنة أن مرفق الري والصرف يعتبر مرفقاً قومياً تشرف عليه الحكومة المركزية، ومن مقتضى ذلك أن تنفرد إدارة الأشغال بصفتها القائمة على شؤون هذا المرفق بالترخيص بأشغال الجسور التي هي في الوقت ذاته طرق عامة وأن تحصل على رسو ذلك الترخيص).
ويرى الدكتور الطماوي أن الأصل في الانتفاع العام أنه بدون مقابل لأنه لا يخرج من استعمال المال فيما أعدله وأن القضاء أخذ يتساهل في قاعدة مجانية الانتفاع بالمال العام انتفاعاً عاماً، فالإدارة قد تفرض بعض الأتاوات على المنتفعين بقصد الحصول على موارد مالية[3].

[1] فتوى الإدارية رقم 1701 الصادرة في 1956/9/19، مجموعة الفتوى، س4-5، ص848.
[2] فتوى الإدارة رقم 385 الصادرة في 1951/2/13 مجموعة الفتاوى س4-5، ص996.
[3] كتابه مبادئ القانون الإداري ص632 و624.

وبعد أن كان مجلس الدولة الفرنسي يلغي هذه الأتاوات فيما مضى، إذ أنه يتساهل الآن ويقرها ومن ذلك أن قضاة مجلس الدولة ومحكمة النقض الفرنسيين يجيز للقرى communes أن تفرض رسوم taxes على وقوف السيارات في الطرق العامة إذا زاد من حد الاستعمال المألوف[1].

وبهذا المعنى صدر حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في 1954/9/27 والذي تقول فيه: (أن الأسباب المالية التي دعت إلى سحب التراخيص لامتناع المدين عن وضع الأتاوة تدخل ضمن المصلحة العامة، ومن ثم فالمجلس البلدي إذا استهدف بإلغائها أن يقيد مالياً ليتسنى له مواجهة نفقات إصلاح شوارع المدينة التي تتأثر بعمل الشركات، إنما استهدف هدفاً مشروعاً، وليس ثمة شك في أن موازنة الميزانية المحلية من أغراض المصلحة العامة)[2].

ولا حاجة للتأكيد بأن الأصل في الانتفاع الخاص من المال العام أنه بمقابل لأنه ينطوي على حرمان الغير من الانتفاع وعلى استعمال المال في غير ما أعدله، ولأنه كثيراً ما يكون مورد كسب لصالحه.

أجل لقد فرقنا سابقاً بين مظهرين للانتفاع بالمال العام والاتصال الذي لا يتطلب اتصالاً دائماً بالمال العام والعكس.

---

[1] حكمه الصادر في 1928/5/18، قضية faurens، داللوز 1928، القسم الثالث، ص65، مع تقرير المفوض Qisiet، وتعليق فالين في 1930/6/10، قضية، مجموعة سيري سنة 1930، القسم الثالث، ص21، مع تعليقها اليسير.

[2] المجموعة السنة 9، ص184.

وعلى هذا ومن الناحية المالية ففي المظهر الأول تقوم سلطات البوليس العادية بمنح التراخيص اللازمة أما في الحال الثانية فالذي يمنح الترخيص ويحصل على المقابل المالي هو الجهة التي يتبعها المال العام[1] .

وحكمة ذلك واضحة فالاستعمال الأول لا خطر منه على المال العام، وكل خطورته تنحصر في الحد من تخصيص المال للنفع العام، والذي يقرر ما إذا كان هذا الاستعمال الخاص يعرقل أو لا يعرقل تخصيص المال للنفع العام هو سلطات البوليس، أما في الحال الثانية فإن حفظ المال العام يقع على عاتق الشخص الإداري الذي يتبعه وله أن يقدر درجة الخطورة التي يتعرض لها المال العام من جراء استعمال هذا النوع من الاستعمال الخاص[2] .

واحتمال هذا الخطر إن صح قيامه متلازم زمنياً مع القرار ذاته من يوم صدوره تبعاً لقابلية هذا القرار للتنفيذ بالطريق المباشر بوصفه قراراً إدارياً، وهذا يوضح من ناحية أخرى حكمه وجوب اقتران طلب وقف التنفيذ بطلب الإلغاء في صحيفة واحدة كما يحقق في الوقت ذاته اتحاد بدء ميعاد الطعن في قرار الإلغاء ووفقاً إلى منح الاختلاف والتفاوت في حساب هذا الميعاد بداية ونهاية[3] .

---

[1] د . الطماوي: مبادئ القانون الإداري، ص624.

[2] المرجع السابق، ص626.

[3] محكمة القضاء الإداري في مصر: 1958/7/12، س3، ص1764، ق179، 1967/11/14، 207، ق125، مجموعة السنة7، 966-969.

وتطبيقاً لذلك رفضت محكمة القضاء الإداري في مصر قبول طلب وقف التنفيذ إذا تقدم الطاعن برفع دعواه بادئ ذي بدء أمام قاضي الأمور المستعملة، ثم أحيلت الدعوى إلى جهة القضاء الإداري للاختصاص[1].

وخلافاً لما عليه الحال في قانون مجلس الدولة المصري والسوري، فالقانون الفرنسي يسمح بإقامة دعوى التنفيذ بعد إقامة دعوى الإلغاء[2].

والحكمة من ذلك واضحة، إذ قد تظهر مبررات وقف التنفيذ بعد إقامة دعوى الإلغاء، وبذلك فليس هنالك من مبرر لحرمان صاحب المصلحة من هذا الحق.

بيد أنه من غير المقبول أن يطلب وقف التنفيذ بمعزل عن دعوى الإلغاء، كي لا يترك أمر الإلغاء معلقاً ينتظر النيل والنعي به والعكس.

هذا وننوه استطراداً بأن طلب الأمر بوقف تنفيذ الحكم المستأنف (أمام محكمة القضاء الإداري) أو المطعون فيه أمام المحكمة الإدارية العليا، لا يلزم أن يرد في ذات عريضة الاستئناف أو الطعن[3]، بدليل اختلاف الصياغة في المادتين 49 و50 من قانون مجلس الدولة.

3- قيام طلب الإلغاء على أسباب جدية:

---

[1] 1972/5/32، س26، ص135، ق59، 1971/11/2، س26، ص3، ق1، 1972/2/29، س26، ص48، ق3.

[2] د. عبد الفتاح حسن: قضاء الإلغاء، ص331.

[3] مادة/50/من قانون مجلس الدولة.

وهذا يعني أن يكون طلب الإلغاء قائماً بحسب الظاهر على أسباب جدية تحمل على ترجيح إلغاء القرار.
ومؤدى ذلك أن القاضي لا يفصل في طلب وقف التنفيذ إلا بعد دراسة كاملة ومتعمقة لموضوع الدعوى، بل دراسة أولية يستكملها بعد ذلك عند الفصل في الموضوع[1].

وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في مصر بقولها: وألا تقف قرار إلا إذا كان على حسب الظاهر من الأوراق وعدم المساس بأصل طلب الإلغاء عند الفصل فيه متمماً بمثل هذا العيب، وقامت إلى ذلك حالة الاستعجال بأن كان يترتب على تنفيذ القرار نتائج يتعذر تداركها.

وقد يحدث أن يجد القاضي أن دراسته للقرار بغية الفصل في طلب وقف تنفيذه تكفي بذاتها للفصل في موضوع الدعوى، فيضم طلب وقف التنفيذ إلى موضوع الدعوى ليقضي فيها بحكم واحد[2].

يستثني القضاء من هذه الحال الأخيرة كون الوقت المحدد لتنفيذ القرار وشيكاً بحيث لا يسمح للقاضي بحث مدى مشروعية القرار أو عدم مشروعيته، فيقضي بوقف التنفيذ بعد تحققه من شرط الاستعجال وحده تمسكاً بالأحوط لدفع الضرر[3].

---

[1] د. عبد الفتاح حسن: قضاء الإلغاء، ص334.

[2] المرجع السابق، ص335.

[3] محكمة القضاء الإداري في مصر: 1964/6/9، السنة 1961-1966، ص371، ق192.

الحكم في وقف التنفيذ

هذا الحكم يفصل في خصومة تنعقد بين طرفيها بالإعلان، ويتم الفصل فيها في مواجهة الخصوم وفي جلسة علنية، لذلك فهو حكم حقيقي وقطعي[1].

وعلى هذا الأساس، يجوز الأمر بوقف التنفيذ حجته الأحكام بالنسبة إلى ما فصلت فيه المحكمة من مسائل فرعية مثل البت في موضوع الطلب كالدفع بعدم الاختصاص أو لعدم القبول (على أساس القرار ليس إدارياً)[2].

وفضلاً عن ذلك يجوز الطعن في الحكم الصادر بوقف التنفيذ استقلالاً، ودون انتظار صدور الحكم في موضوع الدعوى، وتراعي ذلك قواعد الطعن في الأحكام وليس نظام التظلم في الأوامر على العرائض[3].

وتأسيساً على ذلك لا يجوز طلب وقف التنفيذ بعد القضاء برفضه إلا إذا تغيرت الظروف[4].

والحكم بوقف التنفيذ مؤقت لا يمس أصل طلب الإلغاء، ولا يقيد المحكمة عند نظر أصل هذا الطلب موضوعاً[5].

---

[1] محكمة القضاء الإداري في مصر: 1948/3/3، س2، ص430، ق76.

[2] المحكمة الإدارية العليا في مصر: 1969/3/8، س14، ص451، ق58.

[3] محكمة القضاء الإداري في مصر: 1956/1/14، س1، ص380، ق46.

[4] محكمة القضاء الإداري في مصر: 1972/4/4، س26، ص103، ق43.

[5] محكمة القضاء الإداري في مصر: 1958/4/12، س3، ص1103، ق119.

وإذا كانت هذه التطبيقات شحيحة، فهذا لا يؤثر على جوهر الأمر لجهة قيامه ونتائجه، لسبب بسيط هو أن الرخصة قد تكون وليدة العقد أو القرار، وبالتالي فهي تخضع للنظرية العامة للأداتين المذكورتين بما يتفرع على ذلك من نتائج أخصها ما ينعكس على وقف التنفيذ .

وعلى ضوء ذلك فإننا نسجل ما يلي:

1-إن محكمة القضاء الإداري هي وحدها قاضي العقد الإداري ولها الاختصاص المطلق والتأمل بكل ما يتعلق به ومن ثم فهي مختصة – إضافة إلى الأصل – بالنظر في الطلبات المستعملة المتفرعة على العقد استناداً إلى قاعدة قاضي الأصل هو قاضي الفرع.

2-لقد ميز القضاء الإداري بين طلب وقف التنفيذ المتعلق بقرار إداري وفي إطار دعوى الإلغاء، وبين طلب وقف التنفيذ في إطار منازعة متعلقة بعقد إداري، ففي الحالة الأولى يرتبط وقف التنفيذ بطلب الإلغاء وبتقيد بالمدة المقررة لوقف التنفيذ، أما في الحال الثانية فالطلب المستعجل «في إطار القضاء الكامل» يتحرر من هذا، ويستقل بجانبه الزمني طالما تكاملت أسبابه[1].

---

[1] حكم محكمة القضاء الإداري في مصر الصادر في 19 نوفمبر 1959، س14، ص6 وحكمها الصادر في 29 من ديسمبر 1957، السنتان 12 و13، ص36، هذا الحكم يتعلق برخصة استثمار مقالع ومناجم – الحكم الصادر في 25 من نوفمبر 1956، القضية رقم 427، لسنة 9 قضائية، وهذا الحكم يتعلق بعقد التزام مرفق عام.

النتائج المترتبة على إلغاء القرار برفض الترخيص

لنفترض أن الإدارة رفضت طلبها لمواطن بالترخيص، وثم طعن المذكور بالقرار واقترن الطعن بإلغاء قرار الإدارة، فما هي النتائج المترتبة على الإلغاء؟.

1- الرجعية الهادمة la retreactive destructive:

ومآلها إعدام كل أثر تولد عن القرار الملغى في الماضي، لا عن ذات القرار الملغى فحسب، وإنما عن كل قرار آخر صدر ويرتبط بصلة بالقرار الملغى les aetes consequenees كأن يكون القرار الملغى التبعي جزءاً من عملية قانونية واحدة[1].

"La،acte annulé et l،acte consequence fuit partie l،une ménne operation juridique".

وقد يكون القرار التبعي تطبيقاً مباشراً للقرار الملغى.

"Une mesure d،application de l،acte annulé"

وقد يكون القرار الملغى شرط بقاء القرار التبعي[2].

"La،acte annulé est la condition d،existence de l،acte consequence".

2-الرجعية البناءة:

وفي هذه الحال يتعين على الإدارة أن تتخذ قراراً إيجابياً بإصدار القرارات اللازمة لإعادة الوضع إلى ما كان عليه[1] Restitution in integrin.

---

[1] د . سليمان الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية، ص560.

[2] المرجع السابق، ص559.

فإذا رفضت الإدارة منح أحد الأفراد ترخيصاً استوفى شروطه عند الطلب فإن إلغاء هذا القرار الرافض، يستتبع منح الطالب الترخيص من تاريخ الطلب الأصلي مع ترتيب ما يتولد عن ذلك من آثار[2].

وإذا كانت شروط الترخيص قد تغيرت بعد رفع الدعوى، فالطالب لا يضار بذلك، بل يصدر الترخيص، وكأنه قد صدر يوم طلبه في ظل الوضع القديم[3].

كما أنه لو كان قدم إلى المحاكمة بسبب مزاولة نشاطه بدون ترخيص لقضي ببراءته إذا صدر الحكم بإلغاء[4].

رجعية اللوائح في إطار الترخيص المسلم به
في قانون العقوبات رجعية القوانين الأصلح للمتهم

ولما كانت اللوائح «كما هو معلوم» هي قوانين وفقاً للمعيار الموضوعي، لذلك فقد طبق عليها القضاء الفرنسي المبدأ السابق إذا ما تضمنت هذه اللوائح عقوبات جنائية، ثم عدلت تلك العقوبات قبل صدور الحكم بالدعوى[5].

ولكن ماذا لو كان القانون الأصلح للمتهم لا يتعلق بعقوبات جزائية؟؟

تجيب على ذلك المحكمة الإدارية العليا في مصر بقولها:

إن مبدأ القانون الأصلح للمتهم لا يكون إلا بصدد النصوص الجنائية الموضوعية التي تتصل بالتجريم والعقاب كالقوانين التي تنشئ الجرائم وتعرفها وتقرر العقوبات

---

[1] د. سليمان الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية، ص559.

[2] المرجع السابق، ص562.

[3] المرجع السابق، ص563.

[4] المرجع السابق، ص563.

[5] نقضي جنائي فرنسي: 1917/9/27، ص466.

وتحددها أو التي تلغي الجرائم، أو تلغي العقوبات المقررة للجرائم أو تخففها أو تبين ظروف تشديد العقاب أو تخفيفه أو الإعفاء منه كلياً فالقانون الأصلح هو الذي يلغي جريمة قائمة أو يخفف عقابها أو يقرر وجهاً للإعفاء من المسؤولية الجنائية أو من العقاب، وليس من هذا القبيل النص اللائحي المقرر لإجراء إداري يتحدد به مركز قانوني دون حكم قضائي ولا ينطوي على جزاء جنائي[1].

وكان الموضوع الذي صدر بخصوصية الحكم السابق يتلخص فيما يلي:

تقضي اللائحة التنفيذية لقانون المحال المقلقة للراحة الصادر في مصر سنة 1904 بإبطال رخصة المحل الذي يراد منحه لأول مرة، في حين أن القانون رقم 435 لسنة 1954 «الذي حل محل القانون المشار إليه» لا يتضمن الحكم السابق، وقد أغلق أحد المحال العامة، في ظل القانون القديم لمدة أكثر من عام، فقررت الإدارة إبطال الترخيص ولو أن القرار صدر بعد سنة 1954، لأن القانون القديم هو الذي يحكم الواقع، ولما طالب ذو المصلحة بتطبيق القانون الجديد لأنه القانون الأصلح، رفضت المحكمة الإدارية الطلب للأسباب الواردة في حكمها السابق[2].

---

[1] 1963/11/24، س8، ص115.

[2] د. سليمان الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية، ص566.

الفصل الثالث عشر

انفصال الترخيص الإداري بنظرية التنفيذ الجبري

«مسألة إغلاق المحال التجارية والصناعية»

لا حاجة للتدليل بأن الإدارة تملك مبادأة وبدون اللجوء إلى القضاء إصدار قرارات إدارية فردية، تنتج آثاراً مستحدثة في النظام القانوني، وهذه هي القرارات التنفيذية.

وبالطبع فلا يكفي صدور القرار بل لا بد من تجسيد آثاره في الواقع العملي تحقيقاً للغاية من إصداره، وإلا ما معنى صدور القرار إذا بقي رهين وحبيس الحقيقة الورقية.

وبصورة أوضح فالإدارة «على الأعم الأغلب» لا تستطيع القيام بعمل مادي ما لم يسبق هذا الفعل صدور قرار إداري فردي يحدد نطاق وحدود هذا الواقع المادي.

وقد لا تنهض الحاجة إلى تنفيذ القرار في حالات عدة كأن يصدر قرار بفصل موظف فينبري هذا الموظف إلى تنفيذ قرار الفصل برضاه son agré.

ومن جهة أخرى، فهنالك قرارات تصدر بحق الأفراد دون أن تحتاج في تنفيذها إلى أي عمل من هؤلاء إذ قد يتطابق النفاذ القانوني مع تنفيذه المادي مثل القرار

بمنح الجنسية لأجنبي، وكذلك كافة القرارات التي تصدر برفض طلب كرفض منح رخصة بفتح محل صناعي وتجاري.

وقد يمتثل الأفراد طواعية للقرار، كقرار منع وقوف السيارات في مكان أو قرار إنذار الباني بعدم الاستمرار في بنائه.

ولكن المشكلة تثور بالنسبة لقرار يخاطب الفرد ويقتضي منه عملاً إيجابياً أو سلبياً فيمتنع عن ذلك، وهنا يصح السؤال عن موقف الإدارة من ذلك.

لا شك أن القوانين والأنظمة لا تترك الأمر على عواهنه، والأصل أن تنظم احكامها حالات الامتناع والسبيل الذي على الإدارة أن تسلكه لمواجهة الموقف.

وبصورة عامة فالأنظمة قد تفرض عقوبات جزائية لضمان التنفيذ، وبالمقابل فقد تكتفي بمؤيدات إدارية من أجل هذه الغاية.

هذه ولا بد من التدليل بأنه ما من دولة وضعية إلا ولديها قمطراً وكتلة Bloque من التشريعات الجزائية – انطلاقاً من طبائع الأشياء وضرورة تنظيمها.

وتتعدد هذه التشريعات الجزائية الحافة والحامية للقرارات الإدارية، ومنها على سبيل المثال التشريعات المتعلقة بحماية الأمن العام securité publique والاستقرار العام tranquillité publique والصحة العامة salubrite publique.

وهنالـك تشـريعات أخـرى تـدور في فلـك التشـريعات السـابقة باعتبارهـا موضـوعاً للضـبط الإداري الخـاص ومـن ذلـك التشـريعات المتعلقـة بالمؤسسـات الخطرة dangereaux والمقلقة inconimodes وغير الصحية insalubres.

ومـن ذلـك التشـريعات المتعلقـة بالأجانـب forains والجوالـة ambulùns ثـم المشردين nomudes.

وهنالك التشريعات المتعلقة بالصيد la chasse والكاييل la bech والألعاب jeux والمياه eaux ولصق الإعلانات affichage والبلاجات une plage،d والمستحمين borgnlurs وأخيراً ليس آخراً التشـريعات المتعلقـة بالباعـة المتجـولين debits والمواد المسكرةboissoins .

ونحن بدورنا نحيل القارئ إلى هذه الأحكام في مظانها مـن التشـريعات الجزائيـة، ومع التنويه بأن الإدارة عادة ما تكتفي بتحريك الدعوى العامة ضد المخالف بسبب نجاعة وجدوى هذه المؤيدات الجزائية sanctions penales في حمل الأفـراد على التقيد بأوامرها.

ومن جهة أخرى فالقوانين قد لا تسعف الإدارة بهذا الطريق الجزائي، بل تكتفي بدعم قرارات الإدارة بمؤيدات إدارية sanctions administratives فماهي هذه المؤيدات؟؟.

الجــزاء الإداري

هنا تعطي النصوص الإدارة سلطة معاقبة، d'inffiger الأفراد وهذه العقوبات متعددة وتختلف من نشاط لآخر، ومن أمثلة ذلك الجزاءات التأديبية التي توقع على الموظفين[1]، وإلغاء الرخصة الإدارية، وغلق مكتب التخديم إذا اقتضى أجراً من متعطل مقابل تشغيله في عمل من الأعمال[2].

وهذه الجزاءات الإدارية تشبه العقوبة الجزائية في آثارها كالمصادرة confisatione التي قد تكون جزائية أو إدارية وكسحب رخصة السوق permis de condateur وسحب البطاقة المهنية retrait dune card professionnelle. بل قد تكون العقوبة الإدارية أشد وقعاً وأثراً على صاحبها مثل إغلاق المحل إدارياً fermeture du،etablissemts.

على هذا الأساس فقد أحيط العقاب الإداري بسياج من الضمان لصالح الأفراد.

من ذلك:

1- أنه كالعقاب الجزائي قد لا يكون إلا بقانون و بناء على قانون[3]، وهذه التشريعات المتعلقة بهذا النوع من العقاب تخضع على قرار التشريع الجزائي á linstar du domaine إلى قاعدة التفسير المضيق interpretation strict[1].

---

[1] ونحن نخرج هذا النوع من المؤيدات من بحثنا هذا ونقتصر على المؤيدات الأخرى.

[2] د. عبد الفتاح حسن: مبادئ القانون الإداري، ص181.

[3] المرجع السابق، ص181.

هذا فضلاً عن أن القانون الذي يعرض العقوبة الإدارية هو الذي يحدد إجراءات الدفاع، والمثال على ذلك ما كان يجري في فرنسا بشأن رخصة قيادة السيارة premise de conduire.

فقد كانت هذه الرخصة تسحب من قبل المحافظ وبعد أخذ رأي لجنة فنية خاصة تشكل لذلك وفي مواجهة مرتكب المخالفة[2].

2-حتى وفي حال عدم وجود نص قانوني، فالمخالف يستفيد من حق الدفاع droit de defense[3]، وإن كان لا يستفيد تماماً من الضمانات المقررة للمتهم جزائياً[4].

André de Laubadère: Traité élémentaire de droit administrative, Paris ,1963,p313.

[2] المرجع السابق، ص313.

[3] المرجع السابق، ص313.

[4] المرجع السابق، ص312.

الطبيعـة القانونيـة للجـزاء الإداري

Nature Juridique

ويختلف النظام القانوني، لكل من الجزاء الإداري والجزائي من النواحي الآتية:

1-توقع العقوبة الجزائية بحكم يصدر عن قاضٍ، أما الجزاء الإداري sanction administrative فيوقع بالطريق الإداري، فالإدارة تعاقب من يخالف قرارها بجزاء توقعه هي بقرار آخر، فهي خصم وحكم في الوقت نفسه.

2-العقاب الإداري مستقل عن العقاب الجزائي repression penale إذ يحق للإدارة أن تستبق الحكم الجزائي فتوقع الجزاء الإداري، ولها أن توقعه إذا كان الحكم الجزائي قد صدر ببراءة المتهم[1]:

"nonolistunt un acquisttement ou en lieu au penal"

والإدارة لا تتقيد إلا بثبوت أو بنفي وجود الوقائع المادية[2]

"constatation de l،existence même de faits"

ومن جهة أخرى فتحقق العقوبة الجزائية لا تستتبع بالضرورة توقيع الجزاء الإداري، هذا فضلاً عن جواز ازدواج الجزاء الجزائي والجزاء الإداري دون أن يعتبر

---

[1] André de Laubadère: Traité élémentaire de droit administrative, Paris ,1963,p312.

[2] المرجع السابق، ص312.

ذلك تعدداً في الجزاء، كما أن العفو،ammistie 'اعن العقوبة الجزائية لا تأثير له بقوة الأشياء psofieto على الجزاءات الإدارية الموقعة على الواقعة ذاتها اللهم إلا إذا نظم قانون العفو ذاته المسألة[1] .

3- وبينما لا توقع العقوبة الجزائية إلا على شخص مرتكبيها تطبيقاً لمبدأ شخصية العقوب personnalité de peine، فقد يصيب الجزاء الإداري ليس شخص المخالف فحسب، بل المؤسسة التي يعمل بها .

والمثال على ذلك ما تضمنته المادة 216 من قانون الفصل رقم 91 لسنة 1959 التي تقضي بإغلاق مكتب التخديم عند مخالفته أحكام القانون المذكور.

وغني عن البيان فالجزاءات الإدارية تفرض بقرارات إدارية actes administratives على خلاف العقوبات الجزائية التي تصدر بأعمال قضائية acte de juridiction وهذا يستتبع أن القرارات الإدارية الآنفة الذكر تخضع لقضاء الإلغاء، وما يتفرع على ذلك من مسؤولية السلطة الإدارية التي أصدرت القرار.

4-ولا حاجة للتأكيد بأن الجزاء الإداري لا يظهر في صحيفة الحالة الجزائية[2] (السجل العدلي).

ويرى الفقيه الفرنسي "دو لوباديير" أن المؤيدات الجزائية تقوم على نطاق جد استثنائي Très exorbitant يعطي الإدارة امتيازات خارقة extreme prerogatives، وقد ظهرت هذه الجزاءات في الحرب العالمية الثانية لا سيما في المجال الاقتصادي،

---

[1] د. عبد الفتاح حسن: مبادئ القانون الإداري، ص182.

[2] المرجع السابق، ص182.

ثم ظهرت بعد ذلك في المجال المهني activité professionnelles، ومثل ذلك لم يكن هنالك إلا العقوبات المتعلقة بالسير[1].

ولكن ماذا لو أن التشريعات أحجمت عن تنظيم ضمانات تنفيذ القرارات الإدارية في هذه الحال نجد أنفسنا أمام نظرية التنفيذ المباشر.

نظرية التنفيذ المباشر

ومع أن بعض الفقهاء يميزون هذه النظرية من نظرية التنفيذ الجبري lexécution force إذ يقصرون التنفيذ المباشر d,l exécution، office على سلطة الإدارة في إصدار قرارات إدارية مبتدأة le privilege de prealable ومؤشرة في النظام القانوني ودون اللجوء إلى القضاء، وتتمتع بقرينة السلامة القانونية presomtion[2] line.

أما التنفيذ الجبري de conformité du droit، فهو سلطة خاصة تنتج للإدارة تنفيذ قراراتها مباشرة وجبراً، la crainte في حال عدم الطاعة des obeissancee[3].

[1] اندريه دو لوبادبير: مطوله في القانون الإداري، ص311.

[2] د. ثروت بدوي: مبادئ القانون الإداري، القاهرة، دار النهضة العربية، 1968، ص13.

[3] جين ريفيرو: القانون الاداري، ص95.

وبيـان ذلـك أن مؤيـدات التنفيـذ إداريـة كانـت أم جزائيـة فـلا تكـون فعالـة energetique في كسر عناد الفرد، لا سيما أن الحكم قد لا يصدر إلا والآثار الضارة للمخالفة تكون قد حدثت، وصار من العسير محوها .

لهـذه الأسـباب فقـد اخـتط لـلإدارة طريـق التنفيـذ الجـبري، الـذي هـو ولا شـك استثنائي وخطير للأسباب الآتية:

1-فهـو يحـرم الأفـراد مـن ضـمانة القاضـي الـذي يسـتطيع في موضـوعية كاملـة وتجرد التحقق من صحة الوقائع.

2-وقد يتضمن التنفيذ الجبري الاعتداء على حقوق الأفراد وحرياتهم.

3-يحمـل الأفـراد علـى أن يقفـوا مـن الإدارة – بعـد التنفيـذ – موقـف المدعي إذا أرادوا التعذيب على مسلكها بتظلم إداري أو بدعوى قضـائية، ولا شـك أن موقـف المدعي أصعب لجهة عبء الإثبات من موقف المدعى عليه.

4-وقد يترك التنفيذ آثاراً يتعذر تشاركها كإغلاق مصنع مرخص أو غير ذلك.

لذلك فعلى الإدارة ألا تلجأ إلى هذا الطريق إلا في الحالات الآتية:

1- إذا وجد نص يسمح به والمثال الحـي لذلك إعطـاء الإدارة إزالـة التعدي الـذي يقع على أملاك الدولة.

2- إذا لم يكون الامتناع عن التنفيذ جريمة جزائية.

فهنا يمتنع التنفيذ الجبري، ولا يحق بالتالي للإدارة أن تستغني عن الطريق الجزائي لتسلك الطريق الإداري[1].

اللهم إلا في حال الضرورة[2]، كما سنوضح ومع التنويه بأن الطريق الجزائي يجب أن يكون واضحاً، ولا يجوز استنتاجه قياماً، ولو كان الدافع إلى ذلك مصلحة عامة، حتى لو كان هنالك طريق جزائي فيمتنع على الإدارة سلوك التنفيذ الجبري إذا كانت العقوبة الجزائية الأصلية غير مقترنة بعقوبة أخرى تبعية أو تكميلية تكفل التنفيذ العيني للقرار[3].

3-يجب أن تجابه الإدارة بمقاومة إيجابية أو سلبية وإلا فالإكراه عبثي[4] vixation inutile.

4- وتعني حالة الضرورة وجود خطر يهدد الأمن العام أو المصلحة العامة أو السكينة العامة، ويجب أن يكون هذا الخطر حقيقياً وحالاً وقائماً وقت التنفيذ، وله من الخطورة الجسيمة le danger grave et inaminent الأمر الذي

---

[1] حكم محكمة النقض المصرية الصادر في 1969/2/20، العقد رقم 63 لسنة 3ق، مجموعة أحكام النقض لسنة 20، ص268، وحكمها في 1963/3/7، رقم 314، لسنة 34ق، المجموعة سنة 19، ص537.

[2] لوبادبير: مطوله في القانون الإداري، 316.

[3] ريفيرو: القانون الإداري، ص95. وانظر د. عبد الفتاح حسن.

[4] د. عبد الفتاح حسن: مبادئ القانون الإداري، ص185.

يبرر الخروج على القواعد العادية والالتجاء إلى هذا الأسلوب الاستثنائي، ولا يجوز التوسيع فيه والإدارة هي التي تقدر لذلك تحت رقابة القضاء[1].

أو كما عبر عن ذلك مجلس الدولة الفرنسي في أجهزة مفاهيمية متعددة ومتقاربة:

- خطر جسيم وواضح danger grave et imminent.
- ضرورة عامة ملجئة[2] nécessaire publique urgent.

وبالطبع فالإدارة ليست طليعة من كل قيد، وإنما يجب عليها أن تتقيد بالشروط الآتية:

1-أن يكون القرار المراد تنفيذه قائماً ونافذاً غير أنه لا يلزم أن يكون مشروعاً لأن الفرض في القرار الإداري هو مشروعية إلى أن يسحب بالطريق الإداري أو يوقف أو يكفي بالطريق القضائي، أما القرار المقدم فلا يجوز تنفيذه[3].

2-أن يدعى الفرد إلى التنفيذ، إذ لا مجال للتنفيذ الجبري إذا قبل تنفيذ القرار، وقام به الأسلوب الذي تختاره.

3-إذا وضع القانون إجراءات وأشكال معينة للتنفيذ وجب أن يتم وفقاً له.

---

[1] ريفيرو: القانون الإداري، ص96.

[2] د. عبد الفتاح حسن: مبادئ القانون الإداري، ص187، وانظر لوبادبير: مطوله في القانون الإداري، ص317.

[3] حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 1943/3/10، قضية Bezur حكمه الصادر في 1932/11/8، قضية Duvin وحكمه الصادر في 1939/7/7، قضية etùbl Morillon حكمه الصادر في 1957/3/25، قضية ste yamron.

4-يجب أن تكون أعمال التنفيذ في حدود ما هو لازم للتنفيذ ودون تزيد[1].

ولقد عرضت المحكمة الإدارية العليا في مصر للتعريف بالتنفيذ الجبري وشروطه في حكمها الصادر في 1966/3/26 بقولها: إن التجاء الإدارة إلى تنفيذ أوامرها على الأفراد بالقوة الجبرية ودون الحاجة إلى إذن سابق من القضاء وهو ما يسجل بالتنفيذ المباشر، وهو طريق استثنائي محض لا تستطيع الإدارة أن تلجأ إليه إلا في حالات محددة على سبيل الحصر إذ أن الأصل الذي يحكم هذا الموضوع هو الأصل العام الذي يخضع له الأفراد والذي يقتضي أن تلجأ الإدارة إلى القضاء لتحصل على حكم بحقوقها إن كان لها ثمة وجه حق إذا ما رفض الأفراد الخضوع لقراراتها، ومن ثم فقد استقر الرأي فقهاً وقضاء على أن لا يسوغ للإدارة في مصر أن تلجأ إلى هذا الطريق إلا في حالتين:

الحالة الأولى: إذا وجد نص في القانون يبيح للإدارة اتخاذ هذا السبيل والأمثلة على ذلك واضحة من استقراء نصوص القوانين المختلفة.

الحالة الثانية: وهي حالة الضرورة ومقتضاها أن تجد الإدارة نفسها أمام خطر داهم يقتضي أن تتدخل فوراً للمحافظة على الأمن والسكينة أو الصحة العامة بحيث لو تريث إلى حين صدور حكم القضاء لترتب على ذلك أخطار جسيمة ومن ثم جرى القضاء الإداري في مصر على أنه لا تقوم حالة الضرورة إلا بتوافر أركان أربعة:

[1] حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر الصادر في 1956/1/14، وانظر د. عبد الفتاح حسن: مبادئ القانون الإداري، ص188.

أولاً: أن يكون هنالك خطر جسيم مفاجئ يهدد النظام والأمن.

ثانياً: أن يكون عمل الضرورة الصادر من الإدارة هو الوسيلة الوحيدة لدفع الضرر.

ثالثاً: أن يكون العمل لازماً حتماً فلا يزيد على ما تقضي به الضرورة.

رابعاً: أن يقوم بهذا العمل الموظف المختص فيما يقوم به من أعمال وظيفية وهذه الأركان جميعها ترجع إلى أصلين معروفين بأن الضرورات تبيح المحظورات وأن الضرورة تقدر بقدرها .

هذا وقبل إنهائنا هذا الموضوع لا بد من تسجيل الملاحظات الآتية:

1- إن التشريع السوري مثله في ذلك مثل أن تشريع آخر ينطوي على كتلة من النصوص تنظيم جوانب المحافظة على النظام العام بشعبه الثلاثة المعروفة: الأمن العام – السكينة العامة – الصحة العامة، كما ينطوي هذا التشريع على أحكام خاصة تتعلق بالتموين والمحلات العامة والمؤسسات الخطرة وحمل السلاح وغير ذلك من الأمور.

2- وبالطبع فهذه النصوص تقترن بمؤيدات جزائية تكفل تنفيذ قرارات السلطة الإدارية بذلك.

3- بيد أن قانون العقوبات قام «فيما عدا الحالات العامة» بإجراء تنظيم عام يكفل تنفيذ قرارات السلطة الإدارية، وهو ما قامت به المادة/756/عقوبات سوري (الحبس التكدري والغرامة على مخالفة الأنظمة والقرارات التي تصدرها السلطة الإدارية).

واستناداً إلى هذا النص العام فالإدارة – وفي حال عدم وجود نص ينظم التنفيذ الجبري – تجد نفسها – اللهم إلا في حال الضرورة – ملزمة باتباع هذا الطريق الجزائي العام[1].

4- لقد أقرت محكمة التنازع الفرنسية حق الإدارة في الالتجاء إلى التنفيذ الجبري بحكمها الصادر في 1902/9/2 والمتعلق بقيام الإدارة بإغلاق معهد غير مرخص لجماعة من الراهبات، وقد قامت الإدارة بإغلاق المعهد ووضع الأختام على أبوابه، ولما رفع الأمر إلى محكمة التنازع قررت هذه المحكمة أن هذا التنفيذ الجبري لا شائبة فيه لأن المادة 13 من قانون 1903/7/1 لم تشر إلى طريق آخر في هذا الصدد لتنفيذ أحكامها[2].

5-لقد اتضح لنا من هذه الدراسة أن الأصل في الأشياء أن يضع القضاء يده على الموضوع، وأن يتولى النظر في المخالفة وفيما إذا كانت تستوجب الإغلاق أو لا كعقوبة تبعية، كذلك تحاشياً لوضع الأمور في يد السلطة الإدارية، وما يترتب على ذلك من نتائج أخصها حرمان الأفراد من الضمانات القانونية.

---

[1] وهذا هو الطريق الذي أخطه المشرع الجزائي المصري، انظر ذلك إبراهيم شيحا: أصول القانون الإداري، منشأة المعارف بالإسكندرية، ص209.

[2] Société immobilière de Saint-Just،s,1904،317 concl. Romieu, Note Hariou.

ويمكن القول أن التشريع السوري سار في الأساس على هذا المنوال، كما يتضح من المادة 756 عقوبات ومن التشريعات المتعددة المتعلقة بالتموين والمحلات الصناعية وغير ذلك.

بيد أننا لاحظنا في التشريعات الجزائية السورية الحديثة جنوحاً عن الطريق الجزائي لصالح الطريق الإداري في الإغلاق، وهذا ما نلحظه جلياً في القانون رقم 25 لعام 1977، والقانون رقم 7 لعام 1981 المتعلقين بالأفلام السينمائية وبمكاتب بيع وتأجير أفلام الفيديو.

فقد أعطى القانونان الحق لوزير الثقافة والإرشاد القومي بإغلاق دار السينما التي تخالف أحكام القانون رقم 25 وإغلاق المكتب الذي يخالف أحكام القانون رقم 7.

استناداً إلى ضبط المخالفة الذي ينظمه موظفو المركز الثقافي المعينون بقرار من الوزير، وقرار الإغلاق هذا قابل للاستئناف أمام محكمة استئناف الجزاء.

وكيما نعطي صورة حية عن القانونين الأخيرين لا بد من استعراض مجموعة من النصوص السورية المتعلقة بذلك:

القانون رقم 165 الصادر في 1958/9/27 بشأن الرخص المتعلقة بنصب أجهزة الضخ على المياه العامة فقد أجاز هذا القانون إلغاء الرخصة بالطريق الإداري في الحالات الآتية:

1. إذا اقتضت المصلحة العامة.

2. إذا خالف صاحب الرخصة الشروط أكثر من مرتين أو إذا امتنع عن إزالة المخالفة من خلال مدة أقصاها شهران من تاريخ إنذاره.

3. إذا حول المياه المرخص باستعمالها إلى غير الغاية الزراعية المرخص بها.

4. إذا ثبت قضائياً بأن الرخصة تحقق ضرر بالغير.

5. القانون رقم 43 الصادر في 1957/2/26 وتعديلاته، حيث أعطت المادة/24/ الإدارة سلطة واسعة في سحب الرخصة مؤقتاً أو إلغائها (مع التنويه استطراداً بأن هذه النصوص لم تلزم الإدارة حتى تسبيب القرار).

- القانون رقم 198 الصادر في 1961/12/11 والمعدل بالمرسوم التشريعي رقم 46 لعام 1960 والخاص بالرخص الفندقية والمحال العامة.
- فقد تضمن هذا التنظيم إلغاء المحل إذا لم يقم المرخص له بإجراء الإصلاحات خلال المدة المحددة، وقد حددت هذه الإصلاحات بأنها الأساسية في البناء أو الأدوات بحيث يتعذر استمرار العمل فيه قبل تحقيق تلك الإصلاحات، كل ذلك شريطة إنذار صاحب المحل خطياً وأن تأمر بتوقيف العمل حتى إتمام الإصلاحات.

- القرار رقم 313 الصادر في 1961/12/10 المتضمن الترخيص بإنشاء حرف ات صفة زراعية، إذ تضمنت المادة الثامنة من هذا القرار غلق هذه المحلات بمجرد صدور أية ملوثات عنه.

- القرار رقم 45 تاريخ 1981/9/16 بشأن رخص تربية الدواجن فقد أتاحت المادة 11 لوزير الزراعة إلغاء الرخصة إذا ما خالف المرخص له أحد بنود أحكام القرار المذكور.

- القانون رقم 7 الصادر في 1981/3/28 بشأن تراخيص بيع وتأجير الأشرطة الصوتية المرئية (الفيديو) إذ نصت المادة الرابعة جواز إغلاق المكتب بقرار من الوزير حيث تتولى النيابة العامة تنفيذ ذلك ولمدة لا تزيد عن

ثلاثين يوماً، وإن قرار الإغلاق قابل للاستئناف أمام محكمة استئناف الجزاء خلال خمسة أيام من تنفيذه.

وكما ذكرنا سابقاً فالطريق الإداري يجب أن يحمل ويؤسس على الضرورة أي أن تجد الإدارة نفسها أمام خطر داهم يقتضي منها التدخل الفوري للمحافظة على الأمن أو السكينة أو الصحة العامة بحيث لو تريثت إلى حين صدور حكم القضاء ترتب على ذلك أخطار جسيمة.

والسؤال المطروح هو: أين هذا الخطر الداهم الذي يقتضي التدخل السريع من الإدارة؟؟

هل هو متحقق في الحالات الآنفة الذكر؟.

لا نعتقد ذلك اللهم إلا في حال المحلات العامة التي يتعذر العمل بها بسبب الخلل، إذن كيف نتصور ذلك بمجرد تحويل المياه إلى غير الغاية الزراعية أو بمجرد حدوث تلوث ثم ما هو هذا التلوث؟.

ثم إذا رجعنا إلى قرار الوزير بإغلاق مكتب الفيديو وتلمسنا هذه المخالفة لوجدناها تكمن في خرق حرمة الآداب العامة.

وإذا كان الأمر كذلك فلماذا هذه السلطة الجزائية للوزير؟؟

إن السلطة التقديرية كما هو معلوم هي من ملاءمات المرفق العام ولا علاقة لها بالإخلال في النظام العام أو الآداب العامة[1].

وإذا افترضنا أن قرار الوزير محمول على أوضاع إدارية صرفة إذن فكيف يجوز الطعن به أمام محكمة استئناف الجزاء؟ أما إذا كان إغلاق المحل يشكل عقوبة إدارية فما علاقة محكمة استئناف الجزاء بذلك؟؟.

---

[1] أشار إلى هذا التناقض المستشار عبد الوهاب بدرة... انظر مقالته الموسومة بعنوان تشريعنا الجزائي وما آل إليه، مجلة المحامين، لعام 1982، ص196.

وبالمقابل إذا كانت عقوبة جزائية فرعية فكيف يتاح للوزير التأثيم بها، ولماذا لا تحيل الأمر إلى القاضي الجزائي للنظر بالأمر بصورة مستعجلة، لطالما أنه صاحب الاختصاص الأساس، وهل يجوز أن يتاح لسلطة إدارية أن تعالج مسائل هي من محض اختصاص القاضي الجزائي.

في نظرنا أنه كان الأجدر بتشريعنا أن يحذو حذو التشريع المصري فيحيل الضبط إلى قاضي الأمور المستعجلة.

إننا نؤيد الفقيه اليوناني "ستاسينوبولس" في قوله بأن المشرع يقوم «في بعض الأحيان» عدم طاعة الأوامر الإدارية ويعتبره – يرقى إلى درجة الجرم، ولكنه في الوقت نفسه يحيل أمر التثبت من الجرم والمعاقبة من أجله إلى المحكمة، والقول بغير ذلك يعني إعطاء الإدارة اختصاصاً قضائياً، وهذا ما يتعارض مع المبدأ الدستوري[1].

إذاً واستناداً إلى هذا المبدأ الدستوري، فالأصل ألا تتعامل السلطة الإدارية مع المسائل التي تنطوي على التحقق والتثبت من الأشياء وإعطاء الحكم فيها، فذلك أظهر اختصاص السلطة القضائية، وهو الأمر الذي وطنه ووطده تشريعنا السوري.

وهنالك ملاحظة أساسية وهي أن التطور التاريخي للدولة القانونية يتجه صوب إخضاع القرارات الإدارية إلى أشكال وإجراءات مشابهة للإجراءات والأشكال القضائية[2] وهذه الإجراءات أكبر ضمان لحقوق الفرد، من ذلك مثلاً حق الدفاع وغير ذلك.

---

[1] ستاسينوبولس: المطول في اقرارات الإدارية، ص88.

[2] المرجع السابق، ص88.

والسؤال المطروح هو: هل أن التشريع السوري الآنف الذكر سار باتجاه هذا التطور التاريخي لدولة القانون.

لقد استطاع مجلس الدولة الفرنسي في مجهود فذ أن يوفق بين قطبي السلطة والحرية، محققاً المصالحة compromise والتوازن equibilre، بين القطبين المذكورين، أي بين حق سلطة البوليس droit de police وبين حق الحرية.

لقد أسس هذا المجلس حق سلطة البوليس تأسيساً مرناً بحيث يضيق ويتسع تبعاً لأهمية الحرية، بحيث تتسع سلطات البوليس في الفترات الحرجة لا سيما فترات الحروب، وهو ما عبر عنه "لوباديير" بقوله:

((والسؤال المطروح هو: هل هنالك ضرورة دفعت التشريع السوري إلى هذا الموقف، وهل أن التشريع المذكور راعى ظروف الحرية والملكية التي هي لب وجوهر تأسيس كل مشروع حضاري)).

لقد أعطى القضاء في سوريا للإدارة حق التنفيذ الجبري في أكثر من مجال، من ذلك مجال رخص البناء وحق البلدية في هدم المخالفات العمرانية قسراً على الأفراد (واختصاص مجلس الدولة في النظر بمشروعية الهدم)[1].

وما يهمنا في هذه الدراسة حركة القرائن وجهتها واتجاهها.

وحقيقة الأمر أن الإدارة القانونية لا تستطيع أن تقوم بفعل مادي perations materielles، قبل أن يسبق ذلك عمل قانوني يحدد انطباق

[1] حكم محكمة النقض رقم 63 الصادر في 1982/4/5، القضية أساس 1041-980 مجلة المحامين، عدد 604 لعام 1982.

القانون على الواقعة المحددة، وهذا ما يجعل نظام التدرج وحركته يتأسس كما يلي:

العمل القانوني الفردي، يخضع للقاعدة المجردة، وأخيراً فالفعل المادي يخضع للقرار الفردي.

وعلى سبيل المثال فالقانون قد يعطي سلطات البوليس الحق بأن تقمع كل بناء يخالف الخطة التنظيمية alignement، ودون أن تعمد إلى إصدار قرار إداري تنفيذي يحدد المخالفة، وبالطبع فهذه الأحكام القانونية نادرة، وفي حال الشك يجب التفسير على أساس منع الإدارة من اللجوء إلى ذلك[1].

ويجب إعمال هذه القرينة عندما ينص القانون أن أحكامه تسري بقوة القانون ipso juse.

وعلى هذا الأساس، وفي حال الشك يجب تفسير هذه النصوص بأن القانون يلزم الإدارة بأن لا تقوم بالتنفيذ المادي المباشر دون استصدار القرار الإداري الفردي التنفيذي[2].

ولا حاجة للتدليل بأن حال الضرورة يفسح المجال للإدارة أن تنفذ أوامرها على الأفراد بالقوة المادية «في حال رفض التنفيذ الاختياري» ودون حاجة إلى إذن سابق من القضاء.

---

[1] ستاسينوبولس: المطول في القرارات الإدارية، ص24.

[2] المرجع السابق، ص24.

وننوه بأن المشرع قد يتوقع حال الضرورة وينص على حق الإدارة بالتنفيذ المباشر، وبالطبع فالمشرع لا ينشئ هنا حقاً جديداً، وكل ما يترتب على هذا النص هو التزام الإدارة بسلوك السبيل الذي رسمه المشرع، كما في حال التجاء الإدارة إلى استخدام السلاح.

هذا ونشير إلى أنه كان لهذه النظرية مظاهر للتطبيق في فرنسا من ذلك إجازة العمدة maire «وحفظاً للصحة العامة» بأن يصادر ويتلف المواد الغذائية العائدة المعروضة للبيع[1]، ثم منع الاجتماعات العامة حفظاً للأمن العام[2]، ثم مصادرة الجرائد إدارياً[3].

وحق المحافظ في إغلاق مؤقت لمصنع بسبب عدم مراعاة الشروط التي يتطلبها قرار الترخيص بالاستغلال لأن هذه الواقعة ذاتها تجعل من المحل خطراً على المصلحة العامة[4].

ولقد ظهر على صعيد القضاء الإداري المصري عدة تطبيقات للنظرية المذكورة، من ذلك قيام الإدارة بإطفاء قمينة طوب بجوار المساكن[5]، وإطلاق النار أثناء

---

[1] مجلس الدولة الفرنسي: 1924/6/18، المجموعة سنة 1924، ص61.

[2] مجلس الدولة الفرنسي: 1923/3/19، سيري سنة 1934، القسم الثالث، ص1.

[3] مجلس الدولة الفرنسي: 1935/4/8، مجلة القانون العام، سنة 1931، ص309.

[4] مجلس الدولة الفرنسي: 1914/12/5، سيري، 1916 و103،1913/11/7، سيري 1916، القسم الثالث، ص1.

[5] حكم محكمة مصر الكلية: 1934/2/16، محاماة السنة 15، ص505.

المظاهرات[1]، وفض المراسلات المتبادلة بين أشخاص اشتهر عنهم الإتجار في المخدرات[2] والقبض على بعض الأشخاص لمنع الإخلال بالأمن إذا ما كان هذا الإجراء هو الوسيلة الوحيدة لذلك[3]، ثم مصادرة الصحف وإلغائها إدارياً بالاستناد إلى التنفيذ المباشر[4].

ومن التطبيقات الحديثة في مصر نص المادة التاسعة من القانون رقم 196 لسنة 1953 بشأن صرف مياه المحال العمومية والتجارية والصناعية في مجرى المياه، والتي تقضي بأنه إذا تبين للإدارة الصلاحية أن هنالك خطراً على الصحة العامة من المتخلفات التي يصرفها أي محل أو مصنع في مجاري المياه أعلنت صاحبه بكتاب موصى عليه وقف صرفها وإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل الترخيص في المدة التي تحددها له، فإذا لم يقم بتنفيذ ذلك في الميعاد عوقب بغرامة لا تتجاوز مائة قرش وإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل الصرف في المدة التي تحددها المحكمة وإلا قامت الإدارة الصحية بذلك على نفقته[5].

ولقد أتيح المجال أمام القضاء الإداري في مصر للرقابة على سحب تراخيص إدارة المحال العامة في إطار التنفيذ المباشر، وهذا ما يتضح من الحكم الصادر في

---

[1] محكمة استئناف مصر الأهلية: 1934/4/22، محاماة السنة 15، ص558.

[2] محكمة مصر المختلطة: 1935/6/2، جازيت، لسنة 25، ق768، حكم رقم 238.

[3] نقض وإبرام: 1934/3/24، المجموعة الرسمية السنة 35، حكم رقم 183، ص458.

[4] حكم مجلس الدولة: 1951/6/26، القضية المرفوعة من الأستاذ أحمد حسين ضد مجلس الوزراء ووزارة الداخلية لإلغاء القرار الإداري الصادر بإلغاء رخصة بلدية جريدة مصر القناة لسان حال الحزب الاشتراكي.

[5] د. الطماوي: مبادئ القانون الإداري، ص951.

1959/4/21 المتضمن: يجوز للإدارة سحب تراخيص إدارة المحال العامة إذا تبين أن في استمرار إدارة محل من المحلات خطراً داهماً على الصحة أو على الأمن العام سواء كان مرجع الخطر إلى إدارة المصنع أو السلعة التي ينتجها[1].

وفي نظرنا أنه حتى يخضع السحب لنظرية التنفيذ المباشر يجب أن يقوم على عمل مادي وليس سحب قانوني.

بيد أن الإدارة قد تتعنت وتتعمق في تطبيق نظرية التنفيذ المباشر، فيأتي القضاء فيجنبها سلوك الطريق الأعوج، ونجد مصداق ذلك في حكم محكمة مصر الابتدائية الصادر في 1935/5/11 في القضية المشهورة باسم محالج الشناوي[2]، والتي ملخصها: يشترط الأمر العالي رقم 23 لسنة 1904 الخاص بالمحلات المقلقة للراحة والمضرة بالصحة والخطرة يشترط الحصول على تراخيص لفتح محل منها.

وينص هذا الأمر أيضاً على أن من يخالف أحكامه يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على أسبوع وبغرامة لا تتجاوز مائة قرش، فضلاً عما يأمر به القاضي من إقفال المحل وإبطاله بحسب نوع الصناعة على نفقة مرتكب المخالفة، ومقتضى هذا صراحة أن الإدارة لا تملك إغلاق محل من تلك المحال يدار بغير ترخيص إلا بعد الحصول على حكم من القضاء، ولكن الذي حدث أن مدير الدقهلية أصدر أمراً بإيقاف تشغيل محلج الشناوي بحجة أن إدارة المحلج قد أدخلت عليه تعديلات في حكم المحلج المدار بغير ترخيص.

---

[1] السنة 12-13، ص194.

[2] المجموعة الرسمية، السنة 36، ص603، رقم 240.

ولكن الحكم السابق لم يوافق الإدارة فيما ذهبت إليه، وقرر بحق أنه ليس لها أن تلجأ إلى التنفيذ مباشرة في هذه الحال، بل كان يتعين عليها إعمالاً لحكم الأمر العالي سالف الذكر، أن تثبت المخالفة ضد إدارة المحلج وترفع عليها الدعوى العمومية بناء على هذا المحضر، والقاضي هو وحدة المختص بإصدار الحكم بإغلاق المحل هذا كله إذ لم تتحقق حالة الضرورة بشروطها وبذات المعنى حكم مجلس الدولة المصري الصادر في 1953/9/1 المتضمن بأن الأسواق التي تدار بغير ترخيص في ظل القانون رقم 12 لسنة 1904 يوكل أمر إغلاقها إلى أمر القاضي في جميع الحالات بلا تفريق بين حالة عدم الترخيص أصلاً أو غير ذلك من الحالات، وبذلك لا يكون لجهة الإدارة حق غلق السوق إدارياً[1].

ويرى الدكتور الطماوي أن القانون الوضعي في مصر لا يسمح للإدارة اللجوء إلى التنفيذ المباشر في حال قيام الأفراد وبدون ترخيص بوضع مظلة من القماش أمام محل تجارته تقي بضائعه من التلف، اللهم إلا إذا توافرت نظرية الضرورة[2].

ومن الأحكام الصادرة في هذا الصدد حكم مجلس الدولة المصري الصادر في 1953/11/22، وقد جاء منه: أن الإخلاء الفوري المنصوص عليه في المادة العاشرة من القانون رقم 118 لسنة 1948 مشروط بأن تهدد حالة البناء بالانهيار – العاجل كما أوجبت المادة المذكورة على جهة الإدارة أن تقوم في هذه الحال بإعلان أولي الشأن بالحضور أمام المحكمة لتحكم بصفة مستعجلة بالهدم بعد سماع أقوال الخصوم وعمل المعاينات والتحقيقات المستعجلة التي ترى ضرورة

[1] السنة الثامنة، ص145.

[2] القرارات الإدارية، ص626.

لها، وواضح من هذا النص أن مراد الشارع أن يكون البناء قد وصل إلى حالة من الوهن والسوء لا يصلح معها للسكنى، ويهدد سلامة السكان فيتحتم هدمه، ولم يترك الشارع هذا المصير إلى السلطة القائمة على أعمال التنظيم لتستقل بتقريره، بل ترك زمامه لجهة القضاء، فخولها وحدها إصدار الحكم بصفة مستعجلة بالهدم[1].

وبهذا المعنى حكم هذا المجلس الصادر في 1953/9/1 بأن الأسواق التي تدار بغير ترخيص في القانون رقم 12 لسنة 1904 يوكل أمر غلقها إلى أمر القاضي في جميع الحالات بلا تفريق بين حالة عدم طلب الترخيص أصلاً، أو غير ذلك من الحالات[2].

وهنالك قضاء غزير حول وقف الصحف المرخصة من قبل السلطة الإدارية ومشروعية هذا التدبير.

وفي هذا الصدد يرى الدكتور طعمة الجرف أن التنفيذ المباشر في حق الصحف قاصر على المشرع دون الإدارة، ومن ثم فلا يجوز للإدارة أن تترخص في إجرائه، ومثال ذلك ما كانت تقضي به المادة 15 من الدستور 1923 بأن الصحافة حرة في حدود القانون والرقابة على الصحف المحظورة وإنذار الصحف أو وقفها أو إلغاؤها بالطريق الإداري محظور كذلك إلا إذا كان ذلك ضرورياً لوقاية النظام الاجتماعي.

---

[1] مجموعة السنة الثامنة.

[2] مجموعة السنة الثامنة، ص145.

ومعنى ذلك أنه طالما لم يصدر القانون الذي يبيح إنذار الصحف أو وقفها أو إلغائها فلا تملك الإدارة ذلك إلا لضرورة وقاية النظام الاجتماعي لأن الخطاب موجه إلى المشرع وليس إلى الإدارة[1]، كما أن مجلس الدولة المصري قرر ما يلي:

إن تصرفات الإدارة في تعطيل الصحف أو إلغائها أو في المعاضة في صدورها إنما هي أعمال دراسة يجب أن تجري على مقتضى احترم القوانين واللوائح، فكل قرار تتخذه الإدارة في هذا الشأن يعتبر قراراً إدارياً عادياً وليس من أعمال السيادة وفضلاً عن ذلك فقد تحرت المحكمة وقوع الإدارة لجهة وجود ضرورة بغلق الصحيفة، فلم تجد شروط تحقق نظرية الضرورة متوفراً[2].

ولا يجوز للإدارة أن تحتال للوصول إلى التنفيذ المباشر، وهذا ما يتضح من حكم مجلس الدولة الصادر في 1954/6/14 بتحريم استعمال وسائل الضغط غير المباشرة لإجبار الأفراد على التزام معين، وقد جاء في ذلك الحكم ما يلي:

لم يرد بالقانون واللوائح والقرارات الخاصة بالسيارات ما يسمح للجهات المكلفة بمنح التراخيص الخاصة بها بالامتناع عن تسليم هذه التراخيص لأصحابها متى قاموا باستيفاء ما تستلزمه هذه القوانين من شروط للحصول عليها، وقاموا بدفع الرسوم المستحقة عنها، كما لم يرد بها ما يسمح لهذه الجهات للامتناع عن تسليم هذه التراخيص تمكيناً لصالح أو جهات حكومية أخرى من الحصول على رسوم أو

---

[1] د. طعيمة الجرف: القانون الإداري - دراسة مقارنة في تنظيم ونشاط الإدارة العامة، ص578.

[2] حكم محكمة القضاء الإداري في 1951/6/26، السنة الخامسة، القضية رقم 587، لسنة 5 قضائية، مجموعة السنة الخامسة، ص1099.

مبالغ مستحقة لها قبل أصحاب هذه التراخيص، وعلى ضوء ما تقدم يكون قلم المرور قد جانب الصواب بامتناعه عن تسليم المدعي رخصة سيارته بعد أن قام باستيفاء ما يلزم قانوناً لتمديد هذه الرخصة[1].

وغني عن البيان أن القانون قد يعطي الإدارة سلطة تنفيذ بعض قراراتها تنفيذاً جبرياً وباستخدام قوتها المادية دون الالتجاء إلى جهة القضاء نظراً لخطورة بعض الموضوعات وضرورة إسراع الإدارة في مواجهتها.

ومن أمثلة هذه الإجازة الصريحة ما نص عليه في مصر القانون رقم 141 لسنة 1944 من حق الإدارة في حجز المصابين بأمراض عقلية بمستشفى الأمراض العقلية وردهم إليها إذا هربوا منها، وكذلك ما نص عليه القانون رقم 68 لسنة 1952 (في مصر) بشأن الري والصرف من حق الإدارة في جميع الأحوال التي يترتب فيها على وجود أشجار ونخيل في جسور النيل أو بداخلها ضرر بمصالح الري، فيجوز تكليف صاحبها بإزالتها أو قطع فروعها في موعد يحدد له وإلا قامت الوزارة بذلك وباشرت بيعها وتسليم ثمنها إلى صاحبها بعد استقطاع نفقات الإزالة والقطع.

ومن أمثلة ذلك أيضاً ما نص عليه قانون المحال العامة رقم 371 لسنة 1956 (في مصر) بأن للإدارة الحق في إغلاق المحل العام إدارياً.

في الحالات المشار إليها في ذلك القانون ومن أهمها حالة بيع أو تقديم مشروبات روحية أو مخمرة بدون ترخيص سابق، وحالة لعب القمار أو مزاولة أية لعبة من

---

[1] السنة الثامنة، ص1539.

الألعاب ذات الخطر على مصالح الجمهور، والتي يصدر بشأنها قرار من وزير الداخلية.

ومن أمثلة ذلك أيضاً ما نصت عليه المادة 1970 من القانون المدني المصري من أنه لا يجوز التعدي على الأموال الخاصة بالدولة، وفي حال حصول ذلك يكون للوزير المختص حق إزالته إدارياً.

ويمكن القول أن معظم قوانين التوظف في العالم تسمح لجهة الإدارة أن تخصم من مرتب الموظف في حدود معينة تختلف من قانون لآخر، مقابل الديون المترتبة على الموظف جراء ما صرف، عليه بدون حق، وهذا ما أكده قانون العمل الموحد رقم 91 الصادر في سوريا عام 1959.

والأمر نفسه بالنسبة لحق الإدارة وفي تحصيل الضرائب والرسوم على ضوء قانون جباية الأموال العامة.

ولقد أعطى هذا الحق للإدارة في سوريا في مظان ومجالات متعددة منها على سبيل الحصر مجال تحصيل ديون الصرف الإداري.

هذا ونشير إلى أن القانون قد يستبعد منعاً للالتباس هذا الحق ويكون هذا المنع صريحاً أو ضمنياً، من ذلك ما قررته اللائحة التنفيذية للقانون رقم 13 لسنة 1904 (مصر) الخاص بالمحلات المقلقة للراحة والمضرة بالصحة والخطرة بأن من يخالف أحكامه يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على أسبوع وبالغرامة، فضلاً عما يأمر – القاضي من إقفال المحل أو إبطاله حسب نوع الصناعة وعلى نفقة مرتكب المخالفة، وهو ما يفيد أن الإدارة لا تملك في هذه الحالات إلا أن تحرر

محضراً بالمخالفة وتحيل المخالف إلى المحاكم المختصة، وإنه ليس لها أن تقفل المحل إدارياً[1].

وهذا ما حكمت به المحاكم العادية في مصر[2] ثم استقرت عليه محكمة القضاء الإداري بعد ذلك حيث قضت بأن الإخلاء الفوري المنصوص عليه في المادة العاشرة من القانون رقم 118 لسنة 1948 منوط بأن تهدد حالة البناء بالانهيار العاجل، كما أوجبت المادة المذكورة على جهة الإدارة أن تقوم في هذه الحالة بإعلان أولي الشأن بالحضور أمام المحكمة لتحكم بصفة مستعجلة بالهدم، بعد سماع أقوال الخصوم وعمل المعاينات والتحقيقات المستعجلة وهو ما يفيد أن الشارع لم يترك مصير البناء الآيل للسقوط إلى السلطة القائمة على أعمال التنظيم لتستقل بتقريره، بل ترك زمامه لجهة القضاء فخولها وحدها إصدار الحكم بصفة مستعجلة بالهدم[3].

وهذا ما أكده من جديد القانون رقم 605 لسنة 1992 المعدل بالقانون رقم 289 لسنة 1956 في شأن المنشآت الآيلة للسقوط (مصر) حيث نصت المادة 7 على أن للإدارة «في حال تهديد البناء بالانهيار العاج»ل أن يقوم بإخلائه فوراً، وأنه في حال الضرورة القصوى يمكنها أن تهدم العقار، بعد موافقة لجنة برئاسة قاضي وعضوية اثنين من المهندسين بعد إعلان السلطة القائمة على أعمال

---

[1] د. طعمية الجرف: القانون الإداري- دراسة مقارنة في تنظيم ونشاط الإدارة العامة، ص577.

[2] محكمة مصر الابتدائية – 1935/5/11، المجموعة الرسمية، السنة 36، ص603.

[3] حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في 1953/11/21، مجموعة الأحكام، السنة الثامنة، ص79.

التنظيم لذوي الشأن للحضور أمام اللجنة، وتصدر اللجنة قرارها مسبباً خلال أسبوع من عرض الأمر بعد سماع أقوال الخصوم وإجراء ما تراه من معاينات وتحقيقات مستعجلة[1].

أما في حالة الضرورة القصوى، فإن جهة الإدارة تقوم بإخطار ذوي الشأن بالهدم، فإذا لم تنفذ إخطارات الهدم في الميعاد المحدد لها، تحرر للمالك مخالفة فإذا تراخى في التنفيذ حتى إذا صدر حكم في هذه المخالفة بالإزالة أو الهدم أمكن تنفيذه بالطريق القانوني أما فيما عدا ذلك فلا يسوغ طرد المستأجرين الشاغلين للعقار بالطريق الإداري، إلا إذا لجأت الإدارة المؤجرة إلى رفع دعوى بإخلاء العقار بالتطبيق لأحكام القانون ومن ثم فإن تأشيرة مدير أعمال التنظيم بإخطار البوليس بتمكين الوزارة المؤجرة من طرد المستأجرين إدارياً وتمكينها من الهدم، لا يعدو أن يكون توجيهاً منه للإدارة بالالتجاء إلى طرد المستأجرين بالطريق الإداري، وهو عمل مادي لا يرقى إلى مرتبة القرار الإداري لانعدام سند مصدره إلى سلطة خولها إياه القانون في هذا الشأن[2].

[1] د. طعمية الجرف: القانون الإداري- دراسة مقارنة في تنظيم ونشاط الإدارة العامة، ص577.

[2] هيئة منازعات الأفراد والهيئات بتاريخ 1961/12/12، القضية رقم 193، لسنة 15 قضائية – محكمة القضاء الإداري بتاريخ 1963/3/6، القضية رقم 587، لسنة 16 قضائية، مجموعة الخمس – وات، ص14. رقم 17، رقم 10.

وغني عن البيان أنه قد يترتب على إعلان حالة الطوارئ تدابير متعددة منها سحب الترخيص بالأسلحة أو الذخائر أو المواد القابلة للانفجار أو المفرقعات على اختلاف أنواعها والأمر بتسليمها وإغلاق محال الأسلحة[1].

ولقد أتيح للقضاء الإداري في سوريا أن يفصل في قضايا تتعلق بالتنفيذ المباشر من ذلك حكم محكمة القضاء الإداري رقم 20 في الطعن رقم 18 لسنة 1967 المتضمن ما يلي: فقدان الشروط الصحية والفنية في محركات المطحنة يسوغ للإدارة إيقاف العمل ريثما يتلافى أصحاب العلاقة هذه النواقص وقرار ختم المحرك في هذه الحالة يكون منسجماً مع أحكام القانون ولا محل للتعويض عنه[2].

وحقيقة الأمر أن هذا الحكم ليس تطبيقاً مباشراً لنظرية التنفيذ المباشر المخولة للإدارة، بسبب قيام الضرورة، بل أننا نستشف منه أن المحكمة أعطت الإدارة حق إيقاف المطحنة بسبب فقدان شروط الترخيص، مستندة في ذلك إلى أن شرط الترخيص بداءة يجب أن يتوفر استمراراً لا سيما أن هذه الشروط تتعلق بالنظام العام الصحي، مع التنويه بأن المحكمة كانت قد تحققت من وقائع فقدان شرط الترخيص من خلال التقارير المبرزة في الدعوى.

على هذا الأساس ردت الدعوى التعويضية على اعتبار أن التعويض هو ثمرة قيام خطأ في القرار الإداري.

ولقد أنتج للقضاء الإداري في سوريا أن يفصل أيضاً في موضوع إغلاق مدرسة خاصة، وذلك في حكم محكمة القضاء الإداري رقم 130، القضية رقم 174،

---

[1] القانون رقم 162، لسنة 1958، الصادر في 1958/9/27 (في زمن الوحدة بين سوريا ومصر).

[2] مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري، مع تعقيبات المحكمة الإدارية العليا عليها، سنة 1966، ص328.

لسـنة 1966 المتضـمن: أن المشـرع اشـترط في المـادة 28 مـن القـانون 160 لسنة1958 لجواز إصدار قرار يغلق المدرسة الخاصة ثبوت إحدى الحالات المنوه بها في هذه المادة مما يفيد أن أياً من هذه الحالات لكي يصلح أن يكون سبباً جدياً يبرر اتخاذ قرار الإغلاق، يجب أن يستمد من وقائع حقيقة منتجة في الدلالة على هذه الحالة، وأن تكون هذه الوقائع أفعالاً معينة يثبت ارتكابها، وذلك بتحقيق من ذات الجهة التي يعود إليها اتخاذ هذا القرار أي وزارة التربية عن طريق مديرية التربية في المنطقة التي تقع فيها المدرسة باعتبارها الجهة المكلفة قانوناً بالرقابة على المدارس الخاصة، الأمر الذي يجعل لرأي هذه الجهة واقتراحها أهمية خاصة لا يجوز أن يتجاهلها القرار الذي تصدره الإدارة وأن هذا القرار يكون مبتسراً إذا ما صدر قبل هذه التحقيقات بمنحى عن رأي دوائر التنظيم في منطقة المدرسة، والقول بغير ذلك يؤدي إلى انتقاص الضمانات القانونية[1].

ولقد تأكد موقف محكمة القضاء الإداري السابق في حكمها رقم 3 بشأن إغلاق مستودعات الأخشاب التي لم تحصل على ترخيص أو تلك التي افتقدت الشروط المطلوبة (نقل المستودع إلى مكان بعيد عن سكني الأهلين) مستندة في ذلك إلى المرسوم 382 لسنة 1946[2].

[1] مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري، المرجع السابق، وانظر قرار هذه المحكمة رقم 242، القضية رقم 28، ص303. المنشور في هذه مجموعة هذه المحكمة لعام 1976، ص276.

[2] الطعن رقم 50 لعام 1976، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري لعام 1966، ص52، وانظر حكم هذه المحكمة المتعلق بإغلاق محطة تموين سيارات، مجموعة لسنة 1966، ص56

وقريب من ذلك حكم هذه المحكمة رقم 36 في القضية رقم 35 لسنة 1967 الذي أقر تصرف المحافظ بنزع المحرك بسبب نصبه على عقار آخر غير المتعلق بالعقار موضوع الترخيص[1].

هذا ونشير استطراداً إلى أن الإدارة قد تمارس صلاحيتها القانونية فتصدر قراراً بترخيص ما مستخدمة في ذلك أساليب القانون مفصحة عن سلطتها العامة كقوامه على مرفق ما ضبطي أو خدمي.

وقد تنعقد هذه الرخصة على محلها القانوني كعقار يدخل في دائرة الملكية الخاصة لصاحب الترخيص، كأن تمنح المذكور رخصة لحفر بئر في عقاره.

بيد أن المرخص له قد يعمد إلى حفر البئر في عقار آخر مخالفاً بذلك مضمون الرخصة وهنا بطبيعة الحال ينعقد الاختصاص للقضاء العادي للنظر في مادية البئر materielle أي قيامه المادي على عقار هذا الشخص أم ذاك.

وهذا أمر طبيعي لأن النزاع في أساسه يدخل في اختصاص القضاء العادي، وقرار الترخيص من متعلقات النشاط الإداري الضابط للاستقرار العام أو غير ذلك من متعلقات النظام العام، ولا يدخل الصراع الحقوقي حول الملكية ضمن هذه الولاية وهذا ما أكدته محكمة النقض السورية في حكمها الصادر في 1977/1/27 أساس عقاري رقم 457 قرار رقم 4 منشور في مجلة المحامين لعام 1977، ص50.

---

[1] مجموعة المبادئ التي قررتها محكمة القضاء الإداري في سوريا لعام 1967، ص50.

ويبدو أن القضاء الإداري في سوريا سار طويلاً في نهج إرساء هذا التقليد القضائي لا سيما في حال تبدل صاحب الرخصة، على اعتبار أن هذا التبدل يقتضي «وفقاً للقوانين السارية في سوريا» الحصول على رخصة جديدة، ومن ثم فإن عدم الحصول على الرخصة يقوم مقام عدم قيامها ووجودها، وهذا ما يتضح من حكم محكمة القضاء الإداري رقم 66 القضية رقم 49 لسنة 1966 والمتعلق بإغلاق محطة بنزين[1]، وحكمها رقم 150 القضية رقم 89 لسنة 1966 بشأن تصفية صيدلية لم يحصل المالك الجديد على الرخصة القانونية[2].

وفي نظرنا أنه إذا كان هنالك مبرر لممارسة التنفيذ المباشر في حال عدم الحصول على ترخيص جديد كما هو الحال بالنسبة للأحكام الأخيرة المتعلقة بإغلاق المحطة أو تصفية الصيدلية، إذا ان الأمر كذلك فنعتقد أن هذا المبرر غير قائم في حال افتقاد صاحب الرخصة لبعض شروطها بعد الحصول عليها، كما هو الحال في قيام الإدارة بختم المحرك.

وحجتنا في ذلك أن الرخصة تواجه وقائع بخطئها الحصر وبالتالي إذا ما منحنا الإدارة هذه السلطة، فكثيراً ما يؤدي ذلك إلى التغول على حقوق الأفراد عند تحقيق أبسط تغيير في الشروط المفتقدة.

ذلك أن الوقائع لا تتناهى والنصوص متناهية وما هو متناه لا يستطيع أن يستوعب ما هو غير متناه، وإعطاء الإدارة هذا الحق يعني إعطاءها سلطة فهم

---

[1] مجموعة المبادئ التي أصدرتها محكمة القضاء الإداري، لعام 1966، ص58.

[2] مجموعة المبادئ التي أصدرتها محكمة القضاء الإداري، لعام 1966، ص167 وانظر حكمها رقم 651، القضية رقم 804 لسنة 1966، المجموعة لعام 1966، ص170 ويتعلق أيضاً بتصفية صيدلية بسبب عدم الحصول على ترخيص جديد بسبب تبدل المالك.

الواقع، وهذا ما يتعارض مع طبيعة الترخيص الذي قد يكون عقداً لا يجوز إلغاؤه، وقد يكون وليد قرار إداري.

ومن المعلوم أن القرار الإداري نفسه يقوم على فكرة الالتزام المتبادل أو المثنوي أي أنه يفرض على الإدارة التزاماً محدداً ناتجاً عن قرار الترخيص.

صحيح أن الإدارة تستطيع إلغاء الرخصة إذا ما حملت قرار الإلغاء على مقتضيات الصالح العام، ولكن إلغاء الرخصة بسبب تغير شروط الترخيص ينتمي إلى دائرة خطأ المرخص له، ومن ثم فتحديد هذا الخطأ يجب أن يتم بمعرفة القضاء.

التعويض في مجال الرخصة الإدارية

اتضح لنا مما تقدم أن الرخصة الإدارية تنشأ من تصرف قانوني إداري (القرار الإداري) أو العقد الإداري.

وبالطبع فليس المهم هنا الأداة التي تنشئ الرخصة بقدر ما يهمنا الأثر المترتب عليها، وبالتالي فإذا ما ولدت الرخصة لصالح فرد ما حقاً أو أثراً مستخدماً في النظام القانوني كأن يدخل هذا الأثر في إطار المزايا والأوضاع بالوصف الذي سبق لنا تحديده وتميزه.

وتبعاً للألوان الطبيعية والتضاريس الغنية التي تحتلها الرخصة في رقعة القانون الإداري فمن الصعب جداً التمسك بفكرة الحق في القانون المدني بمدلولها الضيق stricto sensu.

وبالمقابل فمن المحتم الأخذ بفكرة مرنة وفضفاضة للحق في القانون الإداري تتسع للأوضاع المختلفة للرخصة ولكافة النتائج والآثار التي تلد عن هذه الأوضاع، اللهم

إلا تلك التراخيص التي لا تنشئ إلا تسامحاً غامضاً، ففي هذه الحال الأخيرة من الصعب التحدث عن خطأ أو تعويض يترتب على الإدارة.

و**الخلاصة** نحن نفترض هنا أن هنالك رخصة ما ولدت مزية أو وضعاً لصالح الفرد، ثم قامت الإدارة بالاعتداء على هذا الوضع أو المساس به، فهنا تنتصب العدالة لتقول كلمتها في التعويض.

إذن نفترض هنا قيام الخطأ والضرر ثم علاقة السببية بينهما، وبالطبع فالخطأ يقع على مركز قانوني للفرد أو على مزية، أو وضع أنشأته الرخصة سواء أكان هذا الوضع وليد القرار أم العقد الإداري.

ولا مجال هنا للحديث عما إذا كان منشأ الخطأ شخصياً أم مرفقياً، إذ أن الإدارة مسؤولة عن الخطأ في الحالتين، إن كان بإمكانها الرجوع على الموظف في حال الخطأ الشخصي.

أما بشأن أساس المسؤولية فنحن مع العميد (جيز) بأن هذا الأساس يكمن في العدالة، وليس في نص المادة 1382 من القانون المدني[1].

فالعدالة هي التي تبرر للأفراد مقاضاة السلطة العامة من الأخطاء الشخصية التي يرتكبها الموظفون التابعون إليها[2].

والإدارة مسؤولة في هذا المجال سواء أكان انتهاك الرخصة جزئياً أم كلياً إلغاء أم سحباً أو توقيفاً مؤقتاً أو غير ذلك من الحالات، ويدخل في هذه الحالات لجوء

---

[1] مقالة في مجال القانون العام، 1906، ص697.

[2] د. رمزي طه اشاعر: تدرج البطلان في القرارات الإدارية، القاهرة، دار النهضة العربية، 1968، ص298.

الإدارة إلى طريق التنفيذ المباشر في الحالات التي لا يحق لها ذلك، كأن ترتكب فعل الغصب أو ما يسمونه الاعتداء المادي[1] voie de fait.

وبالطبع فنحن نفترض هنا قيام عمل قانوني من الإدارة ثم تنفيذه عملياً في مواجهة الرخصة، وبالمقابل إذا بقي العمل في كون الإدارة دون تنفيذ، فلا مجال للتعويض عن أن ترتب التعويض قد يكون نتيجة نص قانوني، كما هو الحال بالنسبة لإلغاء الرخصة للصالح العام كما سبق الإشارة إليه.

ويمكن القول إن قضاءنا الإداري في سوريا استقر على نهج مساءلة الإدارة في هذا المجال، وفيما يلي بعض هذه الأحكام:

- حكم المحكمة الإدارية العليا رقم 151 طعن 164 لعام 1972 المتضمن: لئن كانت المادة 121 من قانون البلديات ذات الرقم 172 لسنة 1956 تجيز لرئيس البلديات أن يقوم بسحب الترخيص الذي يمنحه بقرار معلل بناء على موافقة مكتب البلدية، إلا أن هذا الحق الممنوح لرئيس البلدية، ليس مطلقاً دون قيد أو حد، بل تبقى ممارسته رهينة بالتعليل وبالأسباب والأسانيد الخاضعة لرقابة القضاء الذي يتحرى فيه أسباب المشروعية حتى إذا وجد فيه انحرافاً أو تعسفاً تصدى له إلغاء وتعويضاً[2].

- حكم المحكمة الإداري العليا رقم 87 في الطعن رقم 169 لعام 1974 والمتضمن: سحب رخصة بناء استناداً إلى حكم المادة 121 من قانون

[1] د. إبراهيم أحمد شيحا: القانون الإداري، مكتبة منشأة المعارف بالإسكندرية، ص218.

[2] مجموعة القواعد القانونية التي قررتها هذه المحكمة من عام 1960-1975، ج1، ص194.

البلديات رقم 172 لسنة 1956، ترتب على البلدية أن تعوض على صاحب الأضرار التي نجمت عن تصرفها[1].

- حكم المحكمة الإدارية العليا المتضمن: أن سحب الإدارة للترخيص يعطي صاحبه الحق بالتعويض العادل الذي يحدد بمعرفة لجنة تشكل بقرار من السلطة التي منحت الترخيص[2].
- حكم المحكمة الإدارية العليا رقم 93 في الطعن رقم 321 لعام 1974 المتضمن: أن الإدارة تملك عدم تجديد استثمار محطة محروقات، كما تملك مباشرة اختصاصاتها التنظيمية التي تتفق من واقع الحفاظ على السلامة العامة والصحة العامة، وكل ما يبقى للمتضرر في مثل هذه الحال هو حق طلب التعويض[3].

ولقد افترضنا سابقاً أن هنالك رخصة مشروعة ثم قامت الإدارة بإلغائها بوجه من أوجه الإلغاء غير المشروع.

ولكن ما هو الشأن بالنسبة للجوء الفرد إلى الإدارة للحصول على رخصة ثم تسلبها وامتناعها عن المنح بقرار سلبي ضمني أو مفترض ونحن مفترض هنا أن الإدارة غير محقة في الامتناع والتسلب عن إعطاء الرخصة ومصدر المسؤولية هنا وجود عيب في القرار الإداري، ولكن السؤال المطروح هو: هل أن كل عيب في القرار الإداري مرتب للضرر يكون سبباً في مساءلة الإدارة؟.

---

[1] المرجع السابق، ص194.

[2] المرجع السابق، ص364.

[3] المرجع السابق، ص369.

لقد ميز الفقه بين أوجه البطلان الشكلية وبين أوجه البطلان الموضوعية على التوضيح الآتي:

1- عيب عدم الاختصاص: لا يعد هذا العيب دائماً مرفقياً تسأل عنه الإدارة إلا إذا كان عيباً مؤثراً على مضمون القرار الإداري بحيث لا يكون لجهة الإدارة أن تعيد المضمون نفسه.

وبمعنى أوضح فالقضاء الإداري يميز بين الحالات التي يمكن لجهة الإدارة أن تعيد فيها إصدار ذات القرار المعيب بالنتيجة نفسها والمضمون نفسه[1].

2- عيب عدم الشكل: هنا ميز القضاء الإداري بين الشكليات الأساسية التي يؤدي تجاهلها إلى تغير في مضمون القرار الإداري والشكليات التي لا يؤثر بها تخلفها وتجاهل جهة الإدارة لها في مضمونه حيث أجرى القضاء الإداري على تقرير المسؤولية في الحالات التي ترتب مخالفة الشكل تغييراً في موضوع القرار الإداري[2].

3- أوجه البطلان الموضوعية: هنا اعتبر القضاء الإداري عيب مخالفة القانون[3] وكل انحراف في استعمال السلطة مدعاة للمسؤولية، وفي جميع الأحوال[4].

---

[1] مجلس الدولة الفرنسي: 1975/7/22، قضية Meriliers guillemot، المجموعة، ص607.

[2] مجلس الدولة الفرنسي: 1934/11/6، قضية Smith premùr، المجموعة، ص140.

[3] مجلس الدولة الفرنسي: 1935/9/6، قضية Van clef et Aprels، المجموعة، ص1153.

[4] مجلس الدولة الفرنسي: في 1934/2/21، قضية foirmier، المجموعة، ص254.

واستطراداً فقد التزم مجلس الدولة في مصر السير على نهج ما سارت عليه أحكام مجلس الدولة الفرنسي من تفرقة بين أوجه البطلان المختلفة، وجعل بعضها مصدراً لمسؤولية السلطة العامة، دون البعض الآخر[1].

وهنالك ملاحظة تتعلق بالتعويض عن عيوب القرار الإداري بعد تحصنه بعدم الطعن فيه فالتعويض لا يسقط إلا بسقوط الحق المتعلق به الناشئ من خطأ الإدارة[2].

وبالطبع فهنالك فارق واضح بين سقوط الحق بالتعويض، وبين إمكان القرار الإداري المتحصن بتوليد آثار قانونية أخرى كأن يكون على سبيل المثال أساساً لقرارات إدارية جديدة.

وبالطبع لا خلاق بين الفقهاء حول مقولة أن تحصن القرار الإداري بعدم الطعن فيه شيء تحصن الحق الشخصي الناجم من عيب القرار الإداري شيء آخر.

وبيان ذلك أن خطأ الإدارة المرتكب ينشئ قراراً إدارياً معيباً وفي الوقت نفسه لا ينشئ حقاً لصاحب العلاقة، ومن ثم فإذا تحصن القرار لصالح الشرعية، فإن الحق بالتعويض يستقل عن القرار ولا يتحصن إلا بأولياته وتقادمه الخاص.

والأمر على خلافه بالنسبة لإنجاز القرار الإداري المحصن لقرارات أو آثار تالية للقرار.

فهنا اختلف الفقه حول ذلك، ولعل في مقدمة الفقه الأجنبي المدلل بذلك هو الفقيه اليوناني "ستاسينوبولس" الذي اعتمد على حكم لمجلس الدولة اليوناني المتضمن أن نقل موظف إلى العاصمة بقرار إداري معيب لا يعطيه الحق بالترقية

---

[1] يراجع في ذلك د. رمزي طه الشاعر: تدرج البطلان في القرارات الإدارية، ص310 وما بعدها.

[2] د. محمود محمد الحافظ: القضاء الإداري في القانون المصري والمقارن، القاهرة، دار النهضة العربية، 1967، ص79.

لأن هذه الترقية أقيمت على قرار معيب والتحصن ينسحب إلى القرار، فقط ليس إلى الترقية المذكورة[1].

ويمكن القول أن أغلب الفقه العربي يعامل القرار الإداري المتحصن معاملة القرار السليم لا فرق «وخلافاً لرأي ستاسينوبولس» بين إنجاز الآثار المباشرة وغير المباشرة[2].

إذن لقد افترضنا في هذه الحالة الثانية تسلب الإدارة في إصدار رخصة أو إصدارها بالعكس رخصة معيبة بأحد عيوب القرار الإداري، ثم نشوء ضرر من العيب القانوني.

وفي الحقيقة لم نعدم وجود أقضية تعاملت مع هذه الحال، ومن ذلك:

- حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 1928/6/27 المتضمن: مسؤولية الوزير الذي رفض الترخيص بالبيع استناداً إلى سلطات خاصة يستمدها من القوانين إذا ترتب على ذلك ضرر للمتعاقد، وكان العقد يجيز لهذا الأخير أن يلجأ إلى هذا البيع[3].
- حكم مجلس الدولة الفرنسي الذي حكم على الإدارة بالتعويض بسبب رفض منح رخصة بناء دون مبرر، حيث تعرض صاحب الشأن إلى استملاك البناء الذي كان مزمعاً على بنائه[4].

---

[1] مطولة ستاسينوبولس في القرارات الإدارية، ص276.

[2] د. رمزي طه الشاعر: تدرج البطلان في القرارات الإدارية، د. سليمان الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية.

[3] قضية Bouxei، المجموعة ص236.

[4] نشر في مجلة Delloz، عدد 4، قسم jurisprudence، ص411، ونشرته في مجلة المحامين في سوريا لعام 1985، ص273.

- حكم مجلس الدولة الفرنسي الذي قضى بالتعويض بسبب رفض الإدارة منحه حواز سفر أو تجديده بسبب ضرورات حماية الأمن الوطني والنظام العام والأمن والصحة والأخلاق العامة أو حقوق أو حريات الآخرين أو لدرء عقوبات جزائية لذلك لا يمكن أن تقرر الإدارة رفض منح جوازات السفر للمواطنين أو رفض تجديدها إلا لسبب قانوني يستجيب لتلك الأوضاع، تحت طائلة التعويض، والمحاكم العادية هي المختصة بذلك[1].
- وهذا المسلك هو عين نهج مجلس الدولة السوري، وكم يتضح من حكم محكمة القضاء الإداري المتضمن أن امتناع مكتب الحبوب عن الترخيص للمدعي بتصدير كميات الحبوب يعتبر قراراً إدارياً يوجب مساءلة الإدارة بالتعويض فماذا اتصف القرار بالعيوب الأربعة[2].
- حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 1937/10/22 الذي ألزم الإدارة بالتعويض بسبب مسؤوليتها عن إنشاء حديقة عامة حيث ترتب على ذلك الحد من حق الصيد الممنوح لشركة من الشركات[3].
- حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 1918/7/26 المتضمن: حق المتضرر بالتعويض تراخي الإدارة في اتخاذ قرار بمنع أحد الأفراد من مزاولة مهنة خطرة، وهي تمرين الناس في الأعياد على إطلاق النار وإصابة الهدف

---

[1] مجموعة محكمة القضاء الإداري، تعقيب المحكمة الإدارية العليا لعام 1966، ص53.

[2] نشرت هذا الحكم مجموعة داللوز، عدد 43، لعام 1984، قسم Flash de purisprudenge ص2، ونشرته مجلة المحامين في سوريا لعام 1985، ص587.

[3] قضية lie generale des cles kergulen، المجموعة، ص839.

لأن ذلك يعرض سلامة الجمهور للخطر وقد حدث بالفعل أن أصيب أحد المارة برصاصة طائشة في رأسه[1].

- ولقد ذكرنا سابقاً أن أبرز مظاهر السلطة التقديرية يكمن في حرية الإدارة في اختيار الوقت المناسب لاتخاذ قراراتها وإن حريتها في ذلك لا تخضع لرقابة القضاء ومع ذلك فإن مجلس الدولة أصدر القرار الأخير[2].

ومن جهة أخرى فالحكم الأخير صدر بحق الإدارة في حدود سلطة الضبط الإداري، ومن المعلوم فقهاً وقضاء أن مسؤولية الإدارة بالنسبة للنشاط الضبطي يخضع لقيود شديدة في الرقابة القضائية والقضاء الإداري الفرنسي يضفي معاملة خاصة على القرارات التي تصدر في هذا المجال سواء في نطاق قضاء الإلغاء أم التعويض، إذ في الحال الأولى يجري القضاء الإداري الفرنسي على أنه يجوز سحب القرارات الصادرة في مجال البوليس على أساس أنها لا تنشئ حقاً كم أنه لا يمكن الاحتجاج في مواجهتها بحقوق الدفاع العادية، وأخيراً فإن المحاكم الإدارية لا تستطيع أن تأمر بوقف تنفيذها، أما في مجال التعويض، فلا يحكم ضد الإدارة بذلك إلا إذا كان هنالك خطأ جسيم مرتكب من الإدارة[3].

وبالطبع إذا كانت الرخصة وليدة العقد، فهي تساس وتحكم إنهاء وتعويضاً بالنظرية العامة للعقد.

وهنالك تطبيقات متعددة لقضاء التعويض في إطار الرخصة العقيدية من ذلك:

---

[1] قضية le monier، مجموعة داللوز، القسم الثالث، ص9.

[2] د. الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية، ص95 وما بعدها.

[3] د. سليمان محمد الطماوي: مبادئ القانون الإداري، ط8، 1966، دار المعارف، القاهرة، 1966، ص841.

- حكم محكمة القضاء الإداري في مصر، المتعلقة بترخيص استغلال المقصف في الميناء الجوي حيث عمدت الإدارة إلى إنشاء مقصف آخر في هذا المطار، وعهدت به إلى ملتزم آخر مما حالت بين الملتزم الأول، وبين تنفيذ التزاماته، مخالفة بذلك، ما يجب عليها قانوناً من التزامات الأمر الذي أدى إلى زيادة أعباء الملتزم وتكاليفه، ولذلك فالإدارة تلتزم بالتعويض[1].
- وهذا هو رأي القسم الاستشاري للفتوى والتشريع في مجلس الدولة المصري[2].

وبداهة إن موقف القرار الإداري من القانون يختلف عن موقف العقار الإداري فالأول «في أغلب الحالات» يأتي ليضع النص موضع التطبيق في حين أن العقد يترسم حدود القانون أي يصدر بما لا يخالفه، والفرق واضح بين الوظيفتين كالفرق بين الإيجاب والسلب، ولهذا فالرقابة على القرار الإداري تدخل «في المقام الأول» في إطار الرقابة على المشروعية، وبالتالي فالمجال يتسع واسعاً لحالات ثّرة من عيوب الشرعية التي تصم القرار الإداري خلافاً للعقد الإداري.

وعلى هذا الأساس فقد حكمت محكمة القضاء الإداري في سوريا بأن حرمان فرد من حق التعاقد مع الإدارة في استغلال موارد الثروة الطبيعية هذا الحق يخضع لقيود على تقدير الإدارة، وبيان ذلك أن حق هذه الإدارة في استبعاد من تخشى التعاقد معه حرصاً على مصلحة المرافق العامة منوط بسلطتها التقديرية إلا أن سلطتها هذه لا تبعد تقديرها من الخضوع لرقابة القضاء إذا أساءت فيه ومع ذلك فقد عقبت المحكمة الإدارية العليا في سوريا هذا القرار وأبطلته.

---

[1] مجموعة أحكام هذا الحكم، السنة العاشرة، ص235.

[2] فتوى قسم الرأي رقم 92 تاريخ 1956/2/4، مجموعة الأستاذ سمير أبو شادي، ص54.

ولا حاجة للتأكيد بأنه يمكن أن يثار في إطار الرخصة حق الغير بالتعويض المترتب على الرخص له إذا ما سببت الرخصة ضرراً ما أحاق بالغير.

وهنالك أقضية غزيرة حول ذلك منها على سبيل المثال:

- حكم محكمة النقض في سوريا الصادر في 1990/4/9 المتضمن: الحكم بالتعويض على المرخص له برخصة بناء بسبب الضرر الذي ألحق بالجوار[1].
- حكم محكمة النقض السورية الصادر في 1981/5/9 بتقرير التعويض للغير بسبب الضرر الذي لحق به من المدجنة المجاورة[2].

[1] مجموعة هذه المحكمة، لعام 1967، القرار رقم 87، القضية رقم 29، لسنة 1967.

[2] القضية رقم 17طعن، لعام 1990، قرار86، لعام 1990، محامون لعام 1991، ص125، عدد18.

ركن الغاية في الرخصة الإدارية
ومسألة مجالات الرخصة الإدارية

تحدد وظيفة الإدارة العامة في الوفاء بالحاجات الجماعية للجمهور مستهدفة في ذلك الصالح العام.

وتقوم الإدارة العامة بهذه الوظيفة وفقاً للتوجيهات التي تصدرها الحكومة وفي النطاق الذي ترسمه النصوص القانونية.

ولتحقيق هذه الوظيفة، تتدخل الإدارة في مختلف أوجه النشاط الفردي، وهذا التدخل، قد يكون مباشراً أو غير مباشر، أو بمعنى آخر، قد يكون سلبياً أم إيجابياً.

فقد يقتصر نشاط الإدارة على النشاط الفردي وتنظيمه ورقابته ومظهر ذلك التدخل غير المباشر أو السلبي المتمثل في نظام الضبط الإداري.

وقد يأخذ النشاط مظهراً إيجابياً حيث تحل الإدارة محل الأفراد في الوفاء بالحاجات الجماعية للجمهور فتتولى الإدارة ذاتها النشاط الذي كان يقوم به الأفراد، وهذه هي مهمة المرفق العام[1].

وتستعين الإدارة في تأدية وظيفتها بوسيلتين إحداهما الوسيلة البشرية ومظهرها الوظيفة العامة، وثانيهما الوسيلة المادية، ومظهرها الأموال العامة.

وأخيراً تلجأ الإدارة في تأدية وظيفتها إلى تقنيتين قانونيتين: القرارات الإدارية والعقود الإدارية[2].

---

[1] د. فؤاد عطار: القانون الإداري، القاهرة، دار النهضة العربية، ط3، ص325.

[2] المرجع السابق، ص325.

يتضح مما سبق أن الرخصة «قراراً كانت أم عقداً» ليست غاية في ذاتها بل هي مجرد أسلوب يستهدف غاية، إذن فهو محكوم بنظام الغاية، وهذا النظام لا يعدو أن يكون إما النشاط الضابط أو نشاط المرفق العام.

والقاعدة العامة إن الإدارة ليست حرة في اختيار الغاية من تصرفاتها بل عليها أن تلتزم الغرض الذي رسمه المشرع لكل اختصاص يضعه بين يدي الإدارة، فإذا ما جاوزت الإدارة هذا الهدف إلى سواه – لو كانت حسنة النية – أصبحت قراراتها مشوبة بعيب الانحراف بالسلطة[1].

وهكذا يتضح مما تقدم ضرورة تحديد النظام إلغائه للرخصة، تلك الرخصة التي لا تعدو أن تكون وسيلة وأسلوباً لا يحتل حقيقة قائمة بذاتها، وإنما هي مجرد نظام أسلوبي يرنو لتحقيق غاية، وبالتالي يتحرك بدينامية الباعث.

ولا شك أن خضوع الرخصة لدينامية المرفق العام، وغائيته، يختلف اختلافاً جذرياً عن خضوعه لدينامية وغائية الضبط الإداري وبالتالي فإن خروج الرخصة من نظام غايتها يودي إلى إبطالها.

ومن جهة أخرى فقد يختلط الأمر ويشتبه وبالتالي يتشابك، فيصعب تحديد النظام الغائي للرخصة. وما إذا كان ينتمي إلى النشاط الضبطي أم لغيره من الأنشطة.

وهذا الاشتباه في تحديد النظام الغائي للرخصة يظهر في عدة مظان ومجالات نجد أصرحها في:

مجال المال العام: اتضح لنا مما تقدم أن المال العام، ليس غاية في ذاته وإنما مجرد وسيلة مادية يستعين بها النشاط الإداري – ضبطاً كان أم مرفقاً عاماً لتحقيق وبلوغ الغاية.

---

[1] د. سليمان الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية، ص73.

ذلك أن المال العام وعاء أو مجال مادي وعلى صعيد هذا المجال تمارس الإدارة مختلف ضروب نشاطها المنتمية إلى الضبط الإداري أو إلى المرفق العام، وبالتالي فالمال العام لا يستطيع منفرداً أن يكشف عن النظام الغائي وبالتالي يتعذر علينا تحديد النظام الغائي للرخصة إذا استعنّا على سبيل الانفراد – بالمال العام.

وهذا ما أكده مجلس الدولة الفرنسي بقوله: ليس الدومين العام موضوعاً للضبط الإداري فحسب، ولكنه وعاء العديد المتزايد دائماً من المرافق العامة ذات الصفة العامة، فهو مال يجب على الإدارة أن تكفل حسن استغلاله لمصلحة جماعية مشتركة.

وبمعنى أوضح فالإدارة تمنح رخصاً تنتمي إلى النشاط الضبطي، كما هي الحال في رخص المرور كما أنها تمنح رخصاً أخرى تنتمي إلى النشاط المرفقي، كما هي الحال بالنسبة للترخيص لفرد بإقامة كشك على المال العام من أجل تقديم خدمات للجمهور أو الترخيص له بإقامة كشك في مبنى حكومي للغاية السابقة.

وعلى حد رأي الدكتور عصفور يجب التمييز على صعيد المال العام بين التنظيم الذي نقصد منه أعراض ضبطية وبين التنظيم الذي يقصد به أعراض غير ضبطية[1].

وفضلاً عن ذلك، فتحديد النظام الغائي للرخصة «ضبطاً كان أم مرفقاً عاماً» يثير صعوبات بالغة في تحديد المقصود من المرفق العام إضافة إلى تحديد المقصود من الضبط الإداري.

---

[1] د. محمد عصفور: الضبط الإداري، ص328.

وبالطبع فلا مجال هنا للغوص في ماهية المرفق العام، أو ماهية الضبط فهذا الأمر نجده في مظانه من كتب الفقه الإداري، وإن كان وعدنا هنا تلمس ذلك القدر المتيقن من هذين الجهازين المفهومين بما يتفق ويتصل بموضوعنا .

وحقيقة الأمر أنه ما من مسألة على صعيد القانون الإداري أثارت اللدد والخصام والجدال مثلما أثارته مسألة المرفق العام[1] .

فلقد نظر إلى المرفق العام على أنه تارة النشاط الذي تؤديه الدولة أو هيئة عامة أساساً (الموضوعي أو المادي)، وتارة أخرى نظر إليه على أساس هذه الهيئة أو المنظمة التي تتولى النشاط (المعنى العضوي أو الشكلي).

وإذا كان اتباع الحاجة العامة بصورة منتظمة ومظهره هو حجر الزاوية في هذا المشروع باعتبار هذا الاتباع يمثل العلة الغائية التي استدعيت وجذبت إليها الخصائص الأخرى: المشروع أو العضو ثم النظام القانوني.

إذا كان الأمر كذلك فما هو الشأن بالنسبة لإشباع حاجة عامة من قبل فرد عادي، وهذا هو ما يسمى بالفقه الإداري بالمرفق العام الفعلي أو الواقعي le service public vertuel.

هذا النشاط العام الذي لا يمارس إلا بناء على ترخيص سابق من الإدارة، ولأنه يتم على مال عام أو لأي سبب آخر[2]، وإذا انتقلنا إلى صعيد الضبط الإداري وجدنا الخلاف نفسه يثور حول ماهية هذا المفهوم، إذ تارة يأخذ مفهوماً وظيفياً أو موضوعياً مقصوداً منه النشاط الذي تتولاه الهيئات الإدارية مستهدفة في ذلك

---

[1] للإلمام التفصيلي بذلك يرجع إلى كتاب الموظف العام فقهاً وقضاءاً، ج1، ط2، 1969، دار النهضة العربية، القاهرة، مؤلفه د. محمد حامد الجمل، ص192 وما بعدها.

[2] د. محمد حامد الجمل: الموظف العام فقهاً وقضاء، ص208.

المحافظة على النظام العام بمدلولاته وعناصره الثلاثة، وتارة أخرى يأخذ مدلولاً عضوياً يقصد به السلطة التنفيذية التي تتولى مزاولة هذا النشاط[1].

وهذا النشاط الضبطي الذي تمارسه الإدارة العامة حفظاً وصيانة للنظام العام[2] واستعانة بآلية الحظر أو الإذن (الترخيص) أو الإخطار أو التوجيه، هذا النشاط قد يتغلغل المرفق العام مستهدفاً الحفاظ على دائميته واستقراره وانتظامه[3].

إذا اعتوره الخلل والاضطراب وأحياناً أخرى يأخذ طابعاً إيجابياً هو إنشاء النشاط المرفقي إشباعاً للحاجة العامة كوسيلة احتياطية لحفظ النظام العام وهذا ما يثير التباسات واشتباهات واضحة في تحديد طبيعة هذه المهمة «المرفقية فرعاً» التي تختلط بالنشاط المرفقي الأساسي.

مع التنويه استطراداً بأن الاضطراب الذي يعتور المرفق العام قد ينجم عن ملك شخصي ضار بمصالح الجماعة (ضبط النظام العام)، وقد ينشأ عن الأداء غير المنتظم لأنشطة المرفق العام (الضبط العضوي للمرافق).

---

[1] د . فؤاد العطار: مبادئ في القانون الإداري، القاهرة، دار النهضة العربية، ط3، ص329.

[2] إلى جانب الضبط الإداري العام المتولي لحفظ النظام العام هنالك الضبط الإداري الخاص الذي يستهدف أغراض مغايرة لتلك التي تنطوي عليها فكرة النظام العام مثل الضبط الإداري الخاص لحماية الآثار.

[3] د . عصفور: الضبط الإداري، ص305، وهو يعرض للفقه الذي يرى أن رسالة الضبط كفالة العمل المنتظم لشبكة المرافق العامة في الدولة وإن استمرار عمل المرافق هو أساس الحياة القومية كما أن عدمه يؤدي إلى عدمه أي لاضطراب النظام المادي والأدبي.

حيال هذا التشابك والاختلاط والتشابه في المثوية القطبية للنشاط الإداري (مرفق عام ضبط إداري)، مع الاختلاف في الأسلوب والوسيلة المعتمدة من قبل هذين النشاطين، حيث يبرز (الأسلوب السلطاني) (الأمر الإداري) بأقصى شدته[1].

الأداة الفعالة أو العجلة التي تدور عليها الوظيفة الضبطية في حين يبرز العقد كوسيلة هامة على صعيد النشاط المرفقي.

وهكذا تبدو الأهمية واضحة وبارزة لدراسة الرخصة على صعيد مجالات القانون الإداري، قاصدين بالمجال هنا المدلول الضيق ألا هو النشاط الأساسي للإدارة العامة، وقد اتضح أن هذا النشاط لا يعدو أن يكون الضبط الإداري والمرفق العام.

ومن جهة أخرى تبدو الأهمية بارزة بالنسبة لدراسة الرخصة على صعيد المال العام، لسبب بسيط أن هذا المال هو الوعاء الذي تتزاحم عليه المهمتين أو النشاطين السالفي الذكر: المرفق العام، الضبط الإداري،

وبالتالي فدراسة الرخصة على صعيد المال العام، تقتضي فرز وتمييز تلك الرخصة التي تخدم الوظيفة الضابطة وتتدفع بسماتها (ضبط المحافظة على المال العام).

عن تلك الرخصة الإدارية الأخرى الآلية الأداة للوظيفة المرفقية[2]

Police de la conservation.

على هذا الأساس فالأمن العام يمكن أن يمسه التصرف غير النظامي لقائد عربة أو إهمال مرفق الإضاءة أو تشويه المال العام، وهكذا فقد أعلنت محكمة النقض الفرنسية بأن إضاءة الشوارع والطرق العامة هي واحدة من أكثر الوسائل النافعة التي يستخدمها الضبط لتوقي الاضطرابات والجرائم ولرعاية الأمن العام[3].

---

[1] د. عصفور: الضبط الإداري، ص369.

[2] المرجع السابق، ص308.

[3] تقضي جنائية فرنسا: 1966/8/3، سيري 1867 – 2711.

والأمر نفسه بالنسبة لإلغاء المواصلات أو عدم تزويد السكان بالمياه غير النظيفة أو الملوثة من قبل مرفق المياه سواء أكان يدار بطريق الالتزام أم بطريق الريجي[1].

ولقد أكد مجلس الدولة الفرنسي في قضية jamard أنه في الحال التي لا يملك الوزراء سلطة لائحية، فهم يملكون – كما هو الشأن بالنسبة لأي مرفق- أن يتخذوا التدابير الضرورية بالنسبة للأشخاص الخطرين على انتظام المرفق الموضوع تحت سلطانهم[2].

ومن جهة ثانية فهنالك رخص إدارية تنتمي وتتصل بالإدارة الدومينية (إدارة المال العام)[3]، وتراعي حفظ المال العام في ذاته، وبذلك فهي تنتمي إلى المال العام في ماهيته وطبيعته الذاتية، حتى ولو كان هذا المال ذاته وسيلة إذ كثيراً ما تغدو الوسيلة في ذاتها، غاية عندما تدور حول هذه الوسيلة دون أن تكون أداة لغايات أخرى.

تتحدد دراستنا للرخصة الإدارية في المجالات الثلاثة الآتية: في مجال المال العام – في مجال الضبط الإداري – في مجال المرفق العام.

منوهين استطراداً بأن الرخصة الإدارية، قد تظهر في مجالات أخرى مثل مجال الضبط الإداري الخاص (حفظ الآثار مثلاً) وغيرها من المجالات.

وبالطبع فهذه المجالات الأخيرة لا تثير الأهمية، بل ولا تختلف في طبيعتها عن كونها تنتمي إلى النشاط المرفقي أو الضبط، وفي الوقت نفسه لا تعدو أن تكون قراراً إدارياً بكل ما تعنيه هذه الكلمة من معنى وما ترتبه من نتائج قانونية.

---

[1] مجلس الدولة الفرنسي: 1917/6/22 eau،compagnie general de l، المجموعة ص492.

[2] 1936/3/7، المجموعة ص172.

[3] د. عصفور: الضبط الإداري، ص355.

الرخصة الإدارية في مجال المال العام

الرخصة الإدارية في مجال المال العام محمولة على استعمال فرد معين إلى جزء من المال العام.

وبهذا الوصف فهذه الظاهرة القانونية قد تختلط وتشتبه ببعض المؤسسات القانونية كالاستعمال العام لجزء من المال العام.

وبالطبع يخرج عن هذا التحديد الاستعمال الخاص للمال الخاص المملوك للإدارة فهذا الاستعمال يخضع للقانون المدني.

ولا حاجة للتدليل بأن هذا الخلط الموضوعي قاصدين بهذا الخلط اشتباه ظاهرة قانونية بأخرى، خوفاً للخلط اللفظي الذي يقصد به استعمال لفظة (ترخص) كجهاز مفاهيمي خاص يختلف عما هو مقصود من الرخصة الإدارية، كقولنا مثلاً أن الإدارة تترخص في كيت وكيت من الأمور، أي تتمتع بسلطة تقديرية في هذا المضمار.

والخلط الموضوعي الآنف الذكر يحدونا لدراسة الاستعمال العام لجزء من المال العام على أساس أن هذه الظاهرة تلتقي مع الرخصة على أرضية الاستعمال الخاص لجزء من المال العام، مما يقتضي التمييز والفصل بين الظاهرتين.

بيد أن الفائدة تكون مرجوة ومستحبة فيما لو عرضنا سريعاً لظاهرة الاستعمال العام للمال العام، لما بين هذه الظاهرة وظاهرة الاستعمال الخاص (بأداة الرخصة الإدارية) من مقابلة ومؤازرة تقتضي المقارنة والموازنة، لا سيما أن المقارنة، هي أحد المناهج وطرق البحث في العلوم الإنسانية التي تثري الظاهرة توضيحاً وتغنيها تحليلاً.

وتساعد على وضع الحدود الخارجية لها[1]، هذا فضلاً عن أنها تساهم في تشكيل المفهوم العلمي[2].

---

[1] د. محمد عصفور: الضبط الإداري، ص340.

[2] د. سليمان الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية، ص174، د. جودت أحمد سعادة: مقال موسوم بعنوان دور المفاهيم في محتوى منهج الدراسات الاجتماعية، مجلة الباحث، بيروت، السنة الخامسة، عدد 26 آذار ونيسان 1983، ص87.

الفصل الرابع عشر

صور وأحكام استعمال الأفراد للمال العام

وهذا الاستعمال يأخذ الصور والأشكال الآتية:

- استعمال الكافة للمال العام.
- الاختصاص العام بجزء من المال العام.
- الاختصاص الفردي بجزء من المال العام.

وفيما يلي بحثنا لهذه الصور:

الاستعمال العام للمال العام

وسلطة الإدارة حيال ذلك Utilisation collective

وأول سمات هذا الاستعمال أنه مخصص وميسر للكافة، أي يمتاز بتجهيل صاحبه، وطبعاً فهذا الاستعمال مقيد في حدود ما أعد له هذا المال من وجه النفع الذي يتفق مع هذا الإعداد طبيعة أو حكماً، ونقصد بالاستعمال هنا الاستعمال المباشر للمال العام كالسير في الطرقات أو عبور الأنهار، أما الاستعمال غير المباشر فصورته التعامل مع المرفق العام الذي خصص له المال العام[1].

وهذا التوافق والتلازم بين الاستعمال العام والنفع العام المخصص له المال العام طبيعة أو حكماً هو الذي يرتفع بوجوده هذا الاستعمال إلى مصاف الحريات العامة فدخول مجال العبادة من مظاهر التعبير عن حرية القيام بالشعائر الدينية.

وعلى هذا، فإذا كان استعمال المال مطابقاً لما أعد له المال فإن أقصى ما يمنح للإدارة من مكنات هو وضع تنظيم للانتفاع يقصد به تحقيق إحدى غايات النظام العام أو حماية المال العام من التلف، وهكذا فقد اشترط في التدبير الضبطي ما يلي:

1- ألا يتسع التنظيم للخطر الدائم، وإنما يقتصر على المتسع المؤقت.

2- ألا يتسع إلى الترخيص.

---

[1] د. طعمية الجرف: القانون الإداري- دراسة مقارنة في تنظيم ونشاط الإدارة العامة، مكتبة القاهرة الحديثة، 1970، ص366.

3- لا ينطوي على أغراض مالية، مالم يتقرر التكليف المالي على جميع المنتفعين أو المنتفع بميزة خاصة[1].

والأمر نفسه بالنسبة للمرور في الشارع العام (حرية الغدو والرواح)، أو بالنسبة لنقل البضائع براً وبحراً (حرية التجارة).

ويترتب على هذه السمة للمال العام إطلاقه لكافة من تؤهله طبيعة التخصيص للانتفاع به سواء أكان وطنياً أم أجنبياً[2].

وهذا ما يفرض على الإدارة تحقيق المساواة بين المنتفعين في استعمال المال العام على الوجه الذي يفترضه تخصيصه ووفقاً للقوانين والأنظمة.

والالتزام بضرورة مراعاة تخصيص المال للنفع العام يمثل التزاماً مطلقاً يسحب إلى أشخاص القانون العام، وتطبيقاً لذلك ذهبت الجمعية العمومية للقسم الاستشاري بمجلس الدولة المصري في فتوى لها سنة 1954 إلى قيام مصلحة التليفونات باستعمال الطرق في مد أسلاكها وإقامة منشآتها عليها يلزم ألا يتعارض مع مقتضيات المرور العام[3].

وإطلاق الإدارة الاستعمال، ليس معناه سلبها سلطاتها في رعاية الأمن والسلامة العامة والصحة العمومية، هذا إلى جانب الرقابة على هذا الاستعمال وفقاً لما خصص له المال العام.

---

[1] د. عصفور: الضبط الإداري، ص341.

[2] د. عبد الفتاح حسن: مبادئ القانون الإداري، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة 1980، ص320.

[3] الفتوى رقم 201، مجموعة الفتاوي، السنتان 9 و10، ص88.

ومقتضى ذلك أن يكون للإدارة سلطة إصدار الأوامر التنظيمية اللازمة لتحقيق أغراض ومقاصد الضبط المختلفة، ولتنظيم استعمال المال العام حتى لا تتعارض فيما بينها أو تتصادم أو تتزاحم، ولها في هذا السبيل الخيار بين استيفاء المنتفع للشروط محددة سلفاً autorisation preable، وبين وضع الضوابط التي يجب عليه مراعاتها في مباشرة انتفاعه، وإن كان السبيل الأول استثنائي[1].

وقد ترمي الإدارة من وراء هذا السبيل حماية الأفراد وسلامتهم كاشتراط رخصة لقيادة السيارة أو شهادة علمية بالنسبة لرواد المتاحف أو دور الكتب، للحد من كثرة الزحام على هذه المرافق.

ولا حاجة للتدليل بأن هذا التنظيم عام ومجرد يخاطب الناس بصفاتهم وأوضاعهم وأوصافهم لا بصفاتهم وذواتهم.

وتأسيساً على ذلك أبطل مجلس الدولة الفرنسي قراراً فرض على رواد الجبال من غير أهل القرية أن يحصلوا على ترخيص بارتياد الجبل، وأن يستعملوا دليلاً على اعتبار أن هذا القرار يخل بمبدأ المساواة بين المنتفعين[2].

أما تنظيم الإدارة للاستعمال (بوضع ضوابط له)، فهو السبيل الشائع الذي تلجأ إليه الإدارة، وترمي هذه الضوابط إلى رعاية دواعي الأمن العام la securité، والصحة العامة la sulabrite، والسلامة العامة la tranquelité[3].

---

[1] د. جرانه: حق الدولة الأفراد على الأموال العامة، القاهرة، مكتبة عبد الله وهبة، 1994، ص279.

[2] 1927/5/13، داللوز، 1928، القسم الثالث، ص9.

[3] مثل تحديد سرعة السيارات، أو تحديد اتجاه واحد للمرور في الطريق العام.

كما ترمي هذه الضوابط إلى منع تضارب وتعارض صور الاستعمال المتعددة[1] بيد أن قاعدة المساواة «كقاعدة الحرية» تخضع لبعض القيود التي تمليها المصلحة العامة أو طبيعة الأشياء.

وبيان ذلك أن هذه المساواة إذا كانت جائزة بين المارين في طريق معين فإنه يجب أن يحتفظ بمركز خاص لهن يقطنون على جانب هذا الطريق، إذ أن لهم بحكم مركزهم حقوق تفوق حقوق المارة العابرين، كما أن للإدارة نظراً لاعتبارات خاصة أن تميز بين المنتفعين كتخصيص بعض المتنزهات العامة للأطفال وأن تقتصر بعض الأماكن يوماً أو أياماً على الإناث وحدهن، وأن تجعل دخول بعض المكتبات العامة مقصوراً على حملة درجة معينة من الثقافة[2].

وعلى ضوء هذه الفكرة حكم مجلس الدولة المصري بما يلي: ((لا محل للنعي على قرار مجلس النقل الاستشاري لوزارة المواصلات مخالفة القانون بحجة أنه فضل فريقاً آخر بالسماح له بالمرور في هذا الطريق الصحراوي (صدر قرار بمنع سيارات التاكسي من المرور فيه) ذلك أن القرار لا يعدو أن يكون قراراً تنظيمياً للمرور لاستعمال مرفق من مرافق الدولة العامة تمليه الرغبة من حماية الأنفس وصيانة الأمن العام))[3].

---

[1] مثل منع سير السيارات العمومية أو العربات في شوارع معينة أو تحديد وقوف ومرور السيارات في بعض الشوارع.

[2] د. الطماوي: مبادئ القانون الإداري، ص933.

[3] 1950/2/30، السنة الرابعة، ص391.

وقد تملي أحياناً طبيعة المال العام والخدمة التي خصص لأدائها تملي نوعاً من الحد من قاعدة المساواة، فأماكن العبادة بطبيعتها مقصورة على أبناء الديانة التابعة لها هذه الأماكن[1].

وكم قلنا سابقاً فالإدارة «حماية للنظام العام» تصدر لوائح عامة تسمى لوائح البوليس تنظم من خلالها كيفية استعمال الأفراد للأموال العامة، بحيث يكون غرضها من ذلك تحقيق أحد الأغراض الثلاثة السالفة الذكر للنظام العام، وبالمقابل فإذا اقتصرت تحقيق غرض آخر غير ذلك كانت قراراتها معيبة بعيب الانحراف détournement de pouvoir، وحق لكل ذي مصلحة أن يطلب إلغاءها[2].

وبناء على ذلك يحق للإدارة أن تصدر لوائح بوليس تجعل بمقتضاها المرور في بعض الشوارع في اتجاه واحد، أو تجرم سير العربات التي تجرها الدواب في بعض الشوارع، أو تمنع الباعة المتجولين من الوقوف بعرباتهم في أمكنة معينة، أو أن تلزم المنتفع بالحصول على موافقة سابقة لمزاولة انتفاعه كحصول سائقي العربات العامة والخاصة على تراخيص من الإدارة قبل الخروج بعرباتهم حتى تستوثق الإدارة من قدرتهم الصحية والفنية حماية لأرواح الناس[3].

وإذا كانت الإدارة تملك سلطة التنظيم، تنظيم استعمال المال، فهذا التنظيم لا يجوز أن يتحول إلى تعطيل لهذا الحق أي إلى حظر مطلق للاستعمال أو لتعطيل

---

[1] د. الطماوي: مبادئ القانون الإداري، ص923.

[2] المرجع السابق، ص660.

[3] المرجع السابق، ص620.

حق وبهذا الصدد أصدرت محكمة صلح ليون بتاريخ 1952/5/7 حكماً يقضي ببطلان لائحة حرمت على الظاهرات تحريماً مطلقاً الوقوف في الطريق العام[1] .

وهذا هو قضاء مجلس الدولة الفرنسي وخاصة فيما يتعلق بالسيارات، فقد راعى في توفيقه بين الحظر المطلق والتنظيم الأمور الآتية: الزمان والمكان وطراز السيارة.

فهذا المجلس لا يقر مثلاً منع سيارات من طراز معين من المرور، ولكنه يجيز ذلك إذا كان المنع مقصوراً على بعض الطرق، أو على ساعات معينة، والأمر نفسه فهذا المجلس لم يمنع المرور على طريق معين إلا إذا اقتصر هذا المنع على سيارات معينة، أو على وقت خاص، وأخيراً فهو لا يقر المنع عبر المحدد زمناً إلا إذا تعلق بنوع خاص من السيارات أو بطرق معينة[2] .

وبالطبع فالإدارة تتمتع بسلطات أكبر إذا كان استعمال المال العام لا يتفق مع تخصيصه للنفع العام.

وعلى هذا الأساس فللإدارة أن تحرم مرور سيارات الإعلان بالطرق العامة[3] ، وأن تشترط تصريحاً لإجراء تجارب السيارات عليها[1] ، أو الترخيص للصيد في الشرع[2] ،

---

[1] د. عصفور: الضبط الإداري، ص335.

[2] مثل منع السيارات العمومية أو العربات في شوارع معينة أو تحديد وقوف ومرور السيارات في بعض الشوارع.

[3] حكمه الصادر في 1921/6/5، قضية Mis، مجلة القانون العام 1921، ص528، وفي 1924/5/28، قضية Ast، داللوز الأسبوعي، 1924، ص626.

وأن تمنع السيارات من دخول فناء محطات السكك الحديدية إذا لم يكن لها مقصد يتصل بأغراض المحطة كشحن أو تفريغ السفن[3] .

أما إذا كان المال العام مفتوحاً للكافة، وليست له وجهة تخصيص معينة، فعلى الإدارة أن تراعي موافقة استعماله لأغراض الضبط المختلفة وعدم إضرارها بعوامل صيانته[4] .

ولا حاجة للتدليل بأن الاستعمال الذي يتعارض مع تخصيص المال يعد محظوراً دون حاجة إلى نص أو تنظيم خاص.

وعلى هذا فمن المقرر أن كل ما من شأنه زحم الطريق المحظور، ولو كان متصلاً بحق المرور أو معدوداً من توابعه، كما هو الحال بالنسبة لوقوف السيارات مدة طويلة في الطريق فهذا الوقوف، وإن كان فرعاً لازماً لمرور، إلا أنه في الأصل غير جائز إلا إذا رخص به أو جرى في الأمكنة المحددة له[5] ، أو اقتضته الضرورة[6] .

---

[1] مجلس الدولة الفرنسي: 1900/3/30، قضية Mostern، مجموعة أحكام المجلس، ص248، وحكمه في 1902/1/24، قضية sté des chùlets eommotite ، مجموعة أحكام المجلس، ص42.

[2] مجلس الدولة الفرنسي: 1928/7/27، قضية sté des usines Renault، مجموعة أحكام المجلس، ص969.

[3] مجلس الدولة الفرنسي: 1933/3/11، قضية gaseart، مجموعة أحكام المجلس، ص308.

[4] حكم محكمة جنح Morlaut في 1932/6/24، داللوز، 1932، القسم الثاني، ص1007.

[5] د. جرانه: حق الدولة والأفراد على الأموال العامة، ص283.

[6] المرجع السابق، ص283.

ولقد تشددت المحاكم الفرنسية في تحريم الوقوف إلا إذا ثبت أن صاحبه كان مضطراً لذلك، ولكنها لطفت من ذلك واقتصرت على توقيع العقوبة بالنسبة للوقوف المبرر بسبب مشروع[1] .

أما القضاء المصري، فقد التزم موقفاً معتدلاً مآله المعاقبة على جريمة زحم الطريق اللهم إذا لم يكن له سبب معقول (المعاقبة على اتخاذ الطرق مخزناً للبضائع)[2] .

وعلى ضوء تخصص المال العام للنفع العام، والاستعمال الحرك، يرى الدكتور عبد الفتاح حسن أنه لا يجوز دون ترخيص استعمال الطريق لتنظيم سباق للدراجات، أو لاستعراض نوع جديد من السيارات[3] .

ومن جهة أخرى يؤكد الدكتور حسن أنه ليس المقصود بالمساواة بالانتفاع بالمال العام، المساواة الحسابية المطلقة، بل المساواة من حيث تماثل الظروف، لذلك جاء منع الشاحنات من المرور في بعض الشوارع إلا في ساعات محددة، وقد يكون لبعض الأفراد حقوق أكثر من غيرهم على بعض مقررات المال العام كالملاّك المطلين على الطريق العام الذين لهم الحق المطل والمرور والمصلون في المساجد، فيتمتعون بحقوق أكثر ممن يرتادونه لأغراض غير الصلاة كالقراءة والنوم، كذلك لا يخل بمبدأ المساواة أن يكون استعمال المال قاصراً على فئة طالما كانت محددة وبصفاتها، وليس بذواتها لتخصيص الحدائق للعائلات أو الأطفال[4] .

---

[1] نقض فرنسي (الدائرة الجنائية): 1855/3/18، سيري، القسم الأول، ص155، ونقض جنائي: 1931/7/9، داللوز الأسبوعي، 1931، ص525.

[2] مجموعة التشريع والقضاء، سنة15، ص214.

[3] د. عبد الفتاح حسن: قضاء الإلغاء، ص320.

[4] المرجع السابق، ص321.

والأصل أن الاستعمال العام دون مقابل لأنه عارض، ويتساوى فيه الأفراد، ولا يخرج من الغرض الذي رصد له، ومع ذلك فقد يكون له مقابل (رسم) كما في حال وقوف السيارات على جانبي الطريق أو بالنسبة لدخول بعض الحدائق العامة، أو المرور في الطرق العامة بالنسبة لبعض السيارات[1].

طبيعة وحدود تقييد الإدارة للاستعمال العام

والمظهر الأول لهذا التقييد إباحة المال العام للكافة، بما يتفرع على ذلك من نتائج أخصها التسوية بين المنتفعين في هذا الاستعمال، عن طريق قواعد تنظيمية عامة، وعدم الالتجاء في ذلك إلى التراخيص الإدارية.

وإطلاق الانتفاع بالمال وإباحته تؤدي بداهة إلى عدم جواز تقرير فريضة مدنية تستأديها الإدارة من المنتفعين به، وبالمقابل فنشاطها في هذا المجال إنما يصدر عنها بوضعها صاحبة ولاية آمرة وسلطة ضابطة، مما يتعارض مع التجائها إلى تصرفات عالية في تنظيم الاستعمال أو تقييده[2].

إلا أنه لا يجوز تعليق استعمال المال العام على أداء فريضة إذا كانت تلك الفريضة ضريبة أو رسماً استوفى الصادر بها الشكل القانوني لذلك أي صدر بقانون أو بناء على قانون[3]. بيد أن هنالك اعتبارات أخرى تقتضي مراعاتها جنباً إلى جنب سلطات الإدارة الضابطة، وهذه الاعتبارات هي صفة الإدارة كمالكة للمال العام.

هذا ويترتب على هذه الصفة ما يلي:

---

[1] المرجع السابق، ص321.

[2] د. جرانه: حق الدولة والأفراد على الأموال العامة، ص285.

[3] المرجع السابق، ص289، وانظر د. طعمية الجرف: القانون الإداري- دراسة مقارنة في تنظيم ونشاط الإدارة العامة، ص368.

- واجب الإدارة في صيانة مالها[1].
- صدورها في تدخلها على اعتبارات اقتصادية.

أما **المظهر الأول**، فإن القضاء الفرنسي ولو أنه لا يقر قيود الاستعمال العام الإدارية المبنية على مجرد اعتبارات الصيانة، إلا أنه يتساهل في ذلك إذا كانت مقاصد الضبط تختل بعدم صيانة المال ومن الأمثلة على ذلك ما إذا حددت الإدارة ثقل السيارات مخافة الإضرار بالطريق العام ضرراً يبدد سلامة المارين أو يؤدي إلى تهدم الطريق ولا يمكن تداركه في الوقت المناسب[2].

أما **المظهر الثاني** فآيته حدوث تطور ملحوظ في القضاء الفرنسي يرقى إلى إجازة تدخل الإدارة لحماية بعض المرافق العامة والمشروعات التي ترعاها من المزاحمة، وقد تجلى ذلك بنوع خاص فيما تعمد إليه الإدارة عادة من الامتناع عن إعطاء رخص للسيارات العمومية أو رفض تجديدها حماية لمرفق نقل مشترك تتولاه مثلاً أو يتولاه عنها ملتزم، وكان الرأي السائد أن مثل هذا الإجراء غير مشروع، ولكن لم يلبث أن تحول القضاء عن ذلك، وإن كان لا يقر صدور منع شامل يحظر بمقتضاه مقدماً الإذن بأي ترخيص، ولا أن يترتب على ذلك سحب الرخص السابقة[3].

على هذا الأساس، فقد أخذ القضاء الفرنسي يتساهل في قاعدة مجانية لانتفاع بالمال العام انتفاعاً عاملاً، والإدارة قد تفرض تبعاً لذلك بعض الأتاوات[4] على

---

[1] د. فؤاد العطار: مبادئ في القانون الإداري، النهضة العربية، ط3، ص555.

[2] تعليق Monsarrat على حكم مجلس الدولة الفرنسي في 1921/9/29، وحكم مجلس الدولة الفرنسي 1933/7/5، قضية soe des etùblis Boeiforetts، داللوز 1928، القسم الثالث، ص45.

[3] مجلس الدولة الفرنسي 1921/12/16، قضية Soùssy، مجموعة، ص1063 و1933/1/13، قضية Mironeau، سيري، 1933، القسم الثالث، ص41.

[4] استعمل الدكتور جرانه لفظة أتاوة ونعتقد أن المقصود من ذلك الرسم.

المنتفعين بقصد الحصول على موارد مالية، وبعد أن كان مجلس الدولة الفرنسي يلغي هذه الأتاوات فيما مضى إذ به يتساهل الآن ويقرها، ومن ذلك أن هذا المجلس ومحكمة النقض الفرنسية أجازا للمجالس القروية communes أن تفرض رسوماً taxes على وقوف السيارات في الطرق العامة إذا زاد عن حد الاستعمال المألوف[1].

كما أن القضاء الفرنسي أجاز للإدارة حماية بعض المرافق العامة من المزاحمة كامتناع الإدارة عن تجديد رخص السيارات العامة، أو منح رخص جديدة حماية لمرفق نقل مشترك تتولاه[2].

وبهذا المعنى صدر حكم محكمة القضاء الإداري في مصر المتضمن أن الأسباب المالية التي دعت إلى سحب التراخيص لامتناع المدعية عن وضع الأتاوة يدخل ضمن المصلحة العامة ومن ثم فإن المجلس البلدي إذ استهدف بإلغائها أن يقيد مالياً ليتسنى له مواجهة نفقات إصلاح شوارع المدينة التي تتأثر بعمل الشركات، إنما استهدف هدفاً مشروعاً من أغراض المصلحة العامة[3].

وقد حدث في مصر بمناسبة منح الحكومة (شركة اومنيوس القاهرة) التزاماً بتسيير سياراتها في القاهرة، ومنح بلدية الاسكندرية (شركة سكة حديد الرمل) التزاماً بتسيير سياراتها في الرمل، إن عمدت الإدارة إلى إلغاء بعض رخص سيارات النقل المشترك، وعدم تجديد البعض الآخر، فرفعت دعاوى على الحكومة، وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة في 1936/4/27 بأن الإدارة وإن كان ينطبق عليها احترام المدة المحددة في الرخصة، فهي غير ملزمة بتجديدها بعد ذلك، وأنه

---

[1] مجلس الدولة 1928/5/18، قضية laurens، داللوز 1928، القسم الثالث، ص65.

[2] مجلس الدولة 1932/6/29، قضية Autobus Antiliois، داللوز، القسم الثالث، ص60.

[3] 1954/12/27، مجموعة السنة 9، ص184.

ليس للمحاكم أن تبحث في دوافع الإدارة إلى عدم تجديدها لأن ذلك يعد تدخلاً منها في تقدير المناسبات الإدارية وبهذا يكون القضاء المصري قد ذهب إلى أبعد مما بلغه القضاء الفرنسي[1].

ولا حاجة للتأكيد بأن للإدارة أن تضمن حسن استعمال المال وذلك يفرض العقوبات الجزائية المناسبة.

ومن جهة ثانية، فإذا حالت الإدارة دون استعمال الأفراد للمال العام وفقاً لما خصص له كان للأفراد وهم يتمتعون بمركز نظامي أن يقيموا على الإدارة دعوى بالتعويض لهم عن الأضرار التي أصابتهم.

كما أن للأفراد أن يعودوا على الإدارة بالأضرار التي حاقت بهم نتيجة للاستعمال العام المتأتى عن سوء حالة الطرق العامة[2]، كما أن للإدارة الرجوع على الأفراد إذا كان استعمالهم للمال العام استعمالاً غير مألوف.

أما إذا تجاوزت الإدارة سلطتها وانعكس ذلك على الحريات العامة التي يتمتع بها الأفراد (حرية الانتقال والعبادة أو الحرية التجارية)، فسبيل الأفراد في ذلك دعوى الإلغاء لتجاوز السلطة[3] recours pour exées du pouvoir.

---

[1] د. جرانه: حق الدولة الأفراد على الأموال العامة، ص291.

[2] المرجع السابق، ص292.

[3] د. سليمان الطماوي: مبادئ القانون الإداري، القاهرة، دار الفكر العربي، ط8، 1966، ص619.

الاختصاص العام بجزء من المال العام

يراد بالاختصاص العام بجزء من المال العام هذا الضرب من الاستعمال الذي ينطوي على الاحتلال والتسلط على جزء من المال العام، فإذا كان هذا الاختصاص مستنداً إلى نصوص تنظيمية كانت له صفة العمومية الأمر الذي يسوغ وصفه بأنه اختصاص عام.

وقد يتولد مثل هذا الاختصاص عن صفة تخصيص المال كعرض البضائع في الأماكن المعدة لأن تكون أسواقاً عامة وكدفن الموتى في المقابر العامة، كما قد يتفرع الاختصاص على الاستعمال العام للمال كرسو المراكب في المراسي المعدة لها، فهو من توابع الملاحة، وكوضع المظلات وإقامة الأكشاك على ساحل البحر، فهو تخصيص توابع ارتياد الشواطئ، وكوقوف عربات الأجرة أو عربات النقل المشترك في المواقف المعدة لها، فهو من توابع حق المرور[1].

ويلاحظ أن استعمال المال العام في مثل هذه الصورة، وإن كان يعتبر زجهاً من وجوه الاستعمال العام للطريق العام إلا أنه يتضمن فضلاً عن ذلك اتخاذ المال وسيلة للاستغلال[2].

ومن شأن ذلك أن المنتفع لا يقتصر على المرور العارض كما هو الحال في الاستعمال العادي للمال بل إنه يلجأ إلى احتلال مواضع من المال العام مدداً متفاوتة ومتكررة بالقدر الذي يستلزمه عمله وتستدعيه صناعته، كما هو مشاهد في سيارات النقل المشترك وفي بعض الأحيان يبلغ هذا الاحتلال حداً يكاد ينقلب فيه وقوف السيارة من كونه فرعاً للمرور إلى اعتباره أصلاً كما هو الحال في

---

[1] تعليق لادروك على حكم مجلس الدولة الفرنسي: 1936/6/29، قضية Autobus antilliois، سيري 1932، القسم الثالث، ص65.

[2] د. جرانه: حق الدولة والأفراد على الأموال العامة، ص293.

عربات الأجرة التي تبقى مدة في المواقف المعينة لها في انتظار من يطلبها – وهذا يتطلب من الإدارة أن تتدخل لتنظيم هذا الانتفاع لمالها العام على الوجه الذي تكفل فيه حفظ دواعي الضبط وصيانة مالها، ورعاية مصالحها الاقتصادية والمالية[1].

وإذا كان الاختصاص العام بالمال يتولد في الصور المتقدمة عن طبيعة تخصيص المال للمنفعة العامة أو عن الاستعمال العام الودي، فقد يستند إلى الأوامر التنظيمية التي ترخص في الحدود التي تسمح بها وجهة النفع العام المخصص لها المال، ومن الأمثلة على ذلك الترخيص بعمل بروز في المباني وفقاً لما تقضي به

أحكام التنظيم، وتعيين ميادين خاصة لانتظار السيارات.

ويرى "لوباديير" وجانس أن هذا الوقوف من صور الاستعمال العام للطرق، ولكن هذا الرأي لا يمثل نظر القضاء[2].

وتختلف صنوف الاستعمال فيما بينها تبعاً للصلة التي تنشأ في كل منها بين المنتفع والمال العام الأمر الذي يصح القول أن هذه الصنوف تتدرج من صور اشتباهها بالاستعمال العام لتصل إلى مرتبة الحقوق العينية الإدارية[3].

ففي الصفة الأولى نجد أن الاستعمال يحتل احتلالاً عارضاً وسريعاً وغير متصل بمكان، كما هو الشأن في وقوف العربات الخاصة انتظاراً لأصحابها، ثم يتدرج الاحتلال بعد ذلك فيبدو في صور أخرى متكرراً منفرداً، وإن كان غير مرتبط

---

[1] د. جرانه: حق الدولة والأفراد على الأموال العامة، ص294.

[2] مجلس الدولة الفرنسي: 1928/5/18، قضية lourens، دالloz 1928، القسم الثالث، ص65 ومذكرة مندوب الحكومة Rivert وتعليق Waline.

[3] د. جرانه: حق الدولة والأفراد على الأموال العامة، ص294.

بمكان معين يلازمه بالذات، كما هو الشأن في موقف سيارات الأجرة التي تحددها الإدارة أو نصب المظلات على شاطئ البحر، ثم يرتقي الاختصاص بعد ذلك فيصير احتلال المال محدداً لمكان منفرد متكرر ولكنه غير مستمر، كما هو الشأن في الاختصاص بمكان في مسوق عام وأخيراً يرتفع الاختصاص إلى درجة يكون الاحتلال مستمراً محدد المكان ومعين الصاحب كما هو الحال في بروز المباني المرخص بها وفي المواسير المصرح بمدها في جوف الأرض وفي الأكشاك العامة على شواطئ البحر[1].

سلطة الإدارة حيال الاختصاص العام بجزء من المال العام

تتمتع الإدارة حيال هذا الاختصاص بذات سلطة الضبط التي تملكها في مجال الاستعمال العام.

على أنه لما كان الاختصاص يفترض استئثار بجانب من المال العام والانتفاع به مادياً، فمن الطبيعي أن تزداد سلطة الإدارة تبعاً لذلك، فتتدخل بتعيين مواقع الاختصاص وتقرن بسلطتها الضابطة حقوقها كمالكة[2].

ومن صور تدخلها المألوف بتعيين مواضع الاختصاص بالمال وتحديدها لموقف سيارات الأجرة وسيارات النقل المشترك إذ لها الحق بأن تفرض على سيارات النقل المشترك اتباع خطوط معينة في سيرها، وبأن تحدد عدد المشروعات التي تمارس هذا الضرب من النقل مما يحقق المصلحة العامة[3].

---

[1] د. جرانه: حق الدولة والأفراد على الأموال العامة، ص295.

[2] المرجع السابق، ص295.

[3] حكم الدوائر المجتمعة لمحكمة النقض في 1858/2/24، داللوز 1858، القسم الأول، ص256، حكم مجلس الدولة في 1888/9/7، قضية ponthas بمجموعة أحكام السنة المذكورة، ص926.

فإذا كان نقل الاختصاص ينطوي على احتلال مستعمر في موقع بالذات، تعين على الإدارة أن تحدد منتفع الحيز الذي يصح له أن يختص به، كما هو الحال في الأسواق العامة[1] وفي بروز المباني وواجهات المحال التجارية التي تصرح بها[2].

هذا ونشير إلى أن حقوق المنتفعين لا تتولد عن الترخيص بمباشرة الانتفاع بل عن طبيعة تخصيص المال أو الأوامر التنظيمية التي تخول المنتفعين الحق في الاختصاص بالمال العام[3].

وقد فرع على ذلك أن الإدارة لا تملك رفض الترخيص بهذه المنافع إلا إذا زادت طاقة المال أو اعترضتها اعتبارات المصلحة العامة[4].

فإن رفضت جاز الطعن بها في قرارها أمام قضاء الإلغاء، أو مطالبتها بتعويض عن خطئها المصلحي[5].

أما في مصر فسبيل الطعن هو مطالبة الإدارة بالتعويض، والمحاكم تميل إلى اعتبار سلطة الإدارة في منح هذه الرخص من إطلاقات الإدارة[1].

---

[1] مجلس الدولة الفرنسي، 1929/5/1، قضية gavain metibaeh، مجموعة أحكام مجلس الدولة لسنة 1929، ص448.

[2] د. جرانه: حق الدولة الأفراد على الأموال العامة، 296.

[3] المرجع السابق، 296.

[4] مجلس الدولة الفرنسي: 1922/6/14، قضية Rabé مجموعة أحكام المجلس لسنة 1921، ص48، وفي 1929/9/6، قضية girmanet Audibert، مجموعة أحكام المجلس لسنة 1929، ص1077.

[5] د. جرانه: حق الدولة الأفراد على الأموال العامة، 299.

أما حقوق الإدارة التي لها أن تباشرها في هذا الخصوص باعتبارها مالكة للمال العام، فتتجلى في حقها باتخاذ الإجراءات الكفيلة بحماية المصالح المالية لمرافقتها أو المرافق غير الإدارية التي ترعاها[2].

كما أن لها أن تفرض جعلاً أو أجرة على الاختصاص العام بمالها دون حاجتها إلى نص تشريعي تسندها إليه، وإن كان يشترط في ذلك أن تكون الفريضة واحدة بالنسبة للجميع[3].

وللإدارة كما هو الحال في الاستعمال العام أن تفرض جزاء جنائياً على مخالفة الأحكام العامة المشروطة في أوامرها للاختصاص بجزء من مالها وأن تلجأ في حال ارتكاب مخالفة من ذلك، أو عدم دفع الجعل المفروض، أو الإخلال بالنظام إلى سحب الرخصة بالطريق القضائي أو الإداري[4].

---

[1] محكمة الاستئناف المختلطة 1899/4/27، مجموعة التشريع والقضاء، سنة 11، ص195، و 1890/4/3 مجموعة التشريع والقضاء سنة 2، ص181، حيث قضت بأنه ليس للشخص حق ومطالبة الإدارة بتعويض عن رفضها الترخيص له بإقامة آلة رافعة على جسر النيل.

[2] حكم مجلس الدولة الفرنسي: 1935/6/9، قضية Deloutre، مجموعة أحكام السنة المذكورة، ص24، وفي 1935/5/10، قضية eu générale des tramways، مجموعة أحكام سنة 1935، ص537.

[3] مجلس الدولة الفرنسي، 1928/5/18، قضية Laurans، داللوز 1928، القسم الثالث، ص65، مع مذكرة مندوب الحكومة Rivert.

[4] د. جرانه: حق الدولة الأفراد على الأموال العامة، 298.

مركز المنتفعين في الاختصاص العام بالمال العام

لما كان مركز المنتفعين بالمال في هذه الصورة مستنداً إلى طبيعة الاختصاص بالمال للمنفعة العامة أو إلى الأوامر التنظيمية، فهو خاضع بالضرورة لكل ما يطرأ على هذا التخصيص أو على الأوامر التنظيمية من تعديل أو تغيير[1] .

ويختلف مركز المنتفعين تبعاً لما ينطوي عليه الاختصاص من احتلال المال العام.

ففي الحالات التي يخف فيها هذا الاحتلال حتى يشتبه الاختصاص فيه بالاستعمال العام، لا يكون للمنتفعين أكثر من رخصة عامة تماثل تلك التي نجدها في الاستعمال العام، كما هو الشأن في وقوف السيارات في المواضع المحددة لها .

أما إذا تأكدت صلة المنتفع، فبلغت حد الاستقرار في موضع، فحق المنتفع يرتفع إلى مرتبة الحقوق العينية الإدارية، تقول الإدارية لأن الإدارة تستبقي دائماً سلطة تعديلها وإلغائها[2] .

ومن شأن ذلك أن يكون للمنتفع الالتجاء إلى دعاوى وضع اليد للدفاع عن حقه[3] .

كما أنه يجوز سؤاله عن الأضرار التي يتسبب فيها استناداً إلى أحكام مضار الجوار غير العادية[4] .

---

[1] د . جرانه: حق الدولة الأفراد على الأموال العامة، 298.

[2] المرجع السابق، 289.

[3] حكمت محكمة أسيوط الجزائية، المحاماة سنة 11، رقم 389 بأن للمنتفعين أن يرفعوا دعاوى باختصاصهم وحدهم بالأراضي المذكورة.

[4] محكمة استئناف باريس في 1913/2/6، داللوز، القسم الثاني، ص63.

الاختصاص الفردي باستعمال جزء من المال العام

«ومسألة الرخصة الإدارية على صعيد المال العام»

يثير هذا الموضوع عدة أبحاث مثل: المقصود من الاختصاص الفردي باستعمال المال العام أغراض الرخصة وعلاقتها مع تخصيص المال العام – بوليس المحافظة على المال العام – العناصر الموضوعية في الترخيص، وغير ذلك من المسائل.

وفيما يلي تحليلنا لهذه المسائل:

المقصود من الاختصاص الفردي باستعمال جزء من المال العام

إذا أردنا أن نجري مقابلة بين الضربين من الاستعمال العام والاستعمال الخاص: إذا أردنا ذلك أمكننا القول أن الاستعمال الأول يعني تجهيل أشخاصه وانضباطهم على أساس الصفات لا الذوات، يوازي ويقابل ذلك الاستعمال الخاص القائم على أساس تفريد أشخاصه، أي قيامه على أساس الاعتبارات الذاتية.

ومعنى أوضح فهذا الانتفاع يكون مقصوراً على شخص بذاته أو أشخاص بذواتهم ويترتب عليه حرمان بقية الأفراد من الانتفاع بجزء محدد من المال العام، كما هو الحال بالنسبة للمطاعم والمقاهي أو كابينات الاستحمام التي يرخص بإنشائها على شاطئ البحر، وأكشاك بيع الجرائد ومحطات البنزين التي يرخص بإنشائها فوق أرض الشوارع والطرق العامة، ففي هذه الحالات وأمثالها يكون للمرخص

بالانتفاع بالمال العام حق خاص به وحده يجيز له أن يمنع الغير من الانتفاع بنفس الجزء المرخص له في الانتفاع به أو منعه من التعرض له في هذا الانتفاع[1].

وإذا كان الاستعمال العام يتعامل مع المال العام ويحتك به على أساس طبيعته وما أعدله، فهو يتسم بنوع من الاستقرار خلافاً للانتفاع الخاص المحكوم بالسمة العارضة[2].

وعلى هذا فنحن لا نقر الدكتور طعمة الجرف على أن هذا الاستعمال يتم بالاحتلال[3]، وإن كنا نفضل تسمية استئثار وتفريد اختصاص خاص إلى غير ذلك من التعابير التي تتفق مع المركز القانوني الناشئ عن الرخصة.

وكما سبق توضيحه فالمركز القانوني الناشئ عن الرخصة يتسم بتنوع أضرابه وصيغه وأشكاله، ومع ذلك، فهذه الأشكال والصيغ تتسم بالمرونة، مثلها في ذلك مثل كل مركز إداري، الأمر الذي حدا الفقيه الإداري للكلام على صعيد القانون الإداري – عن مركز قانوني. وليس الحق بالمدلول المعهود في القانون الخاص.

وإذا كان الحق في القانون الخاص يتميز بتسلط شخص على أمر ما، إذا كان الأمر كذلك، فإن فكرة الاحتلال لا تتسم مع روابط القانون الإداري، وإنما نفضل التركيز على سمة التفريد أي الخصائص الذاتية بالمقارنة والمواجهة مع العمومية والتجريد في الاستعمال العام.

---

[1] د. محمد فؤاد مهنا: القانون الإداري العربي في ظل النظام الاشتراكي الديموقراطي، ص43.

[2] د. الطماوي: مبادئ القانون الإداري، ص624.

[3] د. طعيمة الجرف: القانون الإداري، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة 1970، ص368.

ويترتب على ذلك النتيجتين الآتيتين:

1- إن الرخصة الإدارية لا تنشأ إلا بتصرف قانوني (قرار إداري فردي أو عقد) على اعتبار أن هذا التصرف القانوني acte juridique قادر على الإحاطة واستيعاب الخصائص العامة الذاتية خلافاً للائحة reglient القادرة على التعبير واستيعاب الخصائص المجردة التي تميز الاستعمال العام.

2- قد يصدر عن الإدارة أداة قانونية تنطوي على مراكز قانونية متماثلة، فهذه الأداة في الحقيقة مجموعة من القرارات الإدارية الفردية أو ما يطلق عليها بالقرارات الجماعية الفردية كما لو عمدت الإدارة إلى إعطاء عدة رخص فردية في قرار فردي واحد.

فهذا القرار في حقيقته مجموعة من القرارات الفردية التي «وإن تماثلت وتطابقت في الأوصاف والشروط» لا تعدو أن تكون عدة رخص باعتبارها تحيط بالخصائص الذاتية لكل فرد.

علاقة الترخيص بتخصيص المال العام للنفع العام

هل تقيد هذا الانتفاع أو الاستئثار أو الاختصاص الخاص بشرط عدم تعارضه مع وجهة النفع العام[1].

في نظرنا أن هذا التعارض قائم، إذ ما معنى استئثار شخص بجزء من المال العام، ألا يعني منع الآخرين من هذا الاستعمال؟.

وحقيقة الأمر أننا نجد في صورة الاستعمال العام للمال العام، أو الاستعمال العام لجزء من المال العام نجد في هاتين الصورتين ما يتفق مع وجهة النفع العام والأمر على خلافه بالنسبة للاستعمال الخاص، فهو مكنة قانونية تحول دون الآخرين والانتفاع من المال العام ولهذا أمكن القول أن هذا الاستعمال الخاص لا يتفق مع النفع العام المخصص له المال العام.

وعلى هذا فإننا نفضل الذهاب مع الدكتور طعمة الجرف والقول باشتراط أن يكون هذا الاختصاص الخاص لا يعطل وجوه الاستعمال الأصلية للمال العام[2].

ويترتب على ذلك نتيجة هامة هي أن هذا الاستئثار الخاص بالمال العام غير مسموح به إلا إذا تأكدت الإدارة أن هذا الاستئثار لا يعوض الانتفاع العام[3].

وحقيقة الأمر أن هذا التعارض يأخذ المظهرين الآتيين:

1- الاستعمال الذي يتطلب اتصالاً دائماً بالمال العام، وهذا هو الاستعمال الغالب ويسمونه في فرنسا permis de stationnement وصوره الشائعة الإذن

---

[1] هذا هو الشرط الذي وضعه الدكتور جرانه في كتابه حق الدولة والأفراد على الأموال العامة، ص299.

[2] د. طعيمة الجرف: القانون الإداري، 1970، مكتبة القاهرة الحديثة، ص369.

[3] د. الطماوي: مبادئ القانون الإداري، ص624.

للعربات بالوقوف في مواضع معينة من الطرق العامة، وللمقاهي بوضع كراسيها وموائدها على الأفاريز، وللباعة بنصب أكشاكهم أو عرض بضائعهم في أجزاء من المال العام.

ففي جميع هذه الحالات لا يستدعي هذا الاستعمال إلا شغل جزء من المال العام دون جغرافية أو بناء، ولذا فهذا الاستعمال أقل دواماً من الاستعمالات الأخرى[1].

2- الاستعمال الذي يقتضي اتصالاً أكثر دواماً بالمال العام، ويسمونه بالفرنسية permission de voirie، ومثاله السماح لبعض شركات الامتياز بمد خطوط حديدية فوق المال العام، وحفر أنفاق أو بناء كباري فوق مجاري المياه ووضع المواسير أو الأسلاك تحت أرضية الشارع بقصد توصيل المياه والنور.

وواضح أن الاستعمال في هذه الحال لا يقتصر على شغل جزء من المال العام بل يقتضي تغييراً فيه سواء بالبناء أو الحفر.

ويرتبون على ذلك في فرنسا أن الاختصاص يمنح تراخيص الاستعمال الخاص. في الحال الأولى يكون لجهات البوليس العادية، أما في الحال الثانية فالذي يمنح الترخيص وبالتالي يحصل على المقابل هو الجهة التي يتبعها المال العام[2].

وحكمة ذلك واضحة، فالاستعمال الأول لا خطر فيه على المال العام، وكل خطر فيه ينحصر في الحد من تخصيص المال للنفع العام والذي يقدر ما إذا كان هذا الاستعمال الخاص يعرقل أو لا يعرقل وجهة النفع العام هو سلطات البوليس، أما في الحال الثانية فإن الحفاظ على المال العام يقع على عاتق الشخص الإداري

---

[1] المرجع السابق، ص625.

[2] د. الطماوي: مبادئ القانون الإداري، ص626.

الـذي يتبعـه وهـذا الشـخص هـو القـادر علـى تقـدير درجـة الخطـورة مـن هـذا التعرض[1].

هذه النسخة المؤقتة لإشغال الأموال العامة يعكسها القضاء السوري كما يتضح من حكم محكمة النقض رقم 427 تاريخ 1981/10/15 في القضية رقم 1234 والتي ملخصها : أن سماح الإدارة لشخص بإشغال الأملاك العامة مدة محدودة يحمل طابع للترخيص بالإشغال المؤقت الذي يمتلك منه الإدارة وسحب التراخيص في كل وقت، وهو يعيد عن مفهوم الرابطة العقد – المعروفة في القانونين العام والخاص رغم ما تضمنه الترخيص من شروط تم التفاهم بشأنها حين تنظيم ورقة الترخيص[2].

ونحن مع هذه الحكمة لحرية التوقيت وإن كان بالامتلاك أن تكون الأداة عقداً أم قراراً إدارياً حسب تكون نقاط الاتفاق أسباباً أم شروطاً في العقد .

كما وأننا نؤكد أن استعمال حكمة السحب هنا غير موفق والأصح القول: إلغاء لأن السحب ينهي الأداة بمفعول رجعي ومن تاريخ صدورها .

ولقد حاول الفقه[3] وضع بعض الضوابط «وهي ضوابط غير نهائية» لخصائص الرخصة المتعلقة بالاستعمال الخاص للمال العام ومن هذه الضوابط:

1-قد يحيل الترخيص إلى دفتر شروط يتضمن شروطه بالإضافة إلى القوانين واللوائح المتعلقة بالمال محل الترخيص.

---

[1] المرجع السابق، ص626.

[2] مجلة المحامين لعام 1982، قاعدة رقم 125 .

[3] انظر في ذلك د . عبد الفتاح حسن: مبادئ القانون الإداري، ص322 .

2-يكـون الترخـيص بمقابـل نقـدي يعتـبر رسمـاً ولـيس أجـرة (نقـض مـدني، 1975/6/26).

ويجب أن تحدد فئاته مقدماً تحقيقاً للمساواة بين المستعملين، ويراعـى في تقديره القيمة الإيجارية للمال والمكاسب التي سوف تعود على المرخص له من استعماله.

3- للإدارة سلطة تقديرية في منح الترخيص أو رفضه شريطة أن تبقي في ذلك الصالح العام، وليس للأفراد أي حق مكتسب في الحصول على الترخيص، كما لا يجوز من الناحية الأخرى منح الترخيص إذا كان متعارضاً مع تخصيص المال أو ما يمس حقوق الغير عليه (كترخيص بإقامة كشك على الرصيف ولكن في مواجهة مدخل أحد المنازل أو المتاجر المطلة على الطريق – وترخيص متعارض مع ترخيص سابق).

4-للمرخص له استعمال المال موضوع الترخيص وله الدفاع عن حقوقه المستمدة من الترخيص تجاه الآخرين (كالمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي يصيبه بخطأ أحد الأفراد)، ولكن هذا الاستعمال يجب أن يكون وفقاً لشروط الترخيص، كما أنه لا يجوز للمرخص له بغير إذن من جهة الإدارة التنازل عن الترخيص إلى الغير أو السماح له باستعمال المال موضوع الترخيص أو تأجيره من الباطن.

5- مركز المرخص له تنظيمي، لذلك يجوز للإدارة تعديل أحكام الترخيص دون تعويض كما يجوز لها إلغاؤه في أي وقت ودون مواجهة المرخص له بأسباب الإلغاء (نقض مدني، 1966/6/9).

ومما يدعوها إلى ذلك مخالفة المرخص له لشروط الترخيص أو (القوانين واللوائح المكملة له، أو التنازل عنه للغير دون إذن منها، أو فقد للمال الصفة العامة، أو

لأسباب تتعلق بالصحة أو الآداب العامة أو الأمن العام، ويكون هذا الإلغاء دون تعويض).

6- ينتهي الترخيص بإلغائه، أو بانتهاء مدته (إذا كان مؤقتاً بمدة)، أو بتحقق الشرط الفاسخ (إذا وجد)، أو بوفاة المرخص له، ومتى انتهى الترخيص لأي سبب وجب على المرخص له إخلاء المال فوراً بما في ذلك هدم المنشآت التي أقامها ما لم تطلب الإدارة الإبقاء عليها (راجع: أ.ع، 1961/5/20 – م. ق. أ، 1957/3/3-1969/11/30).

وفضلاً عن ذلك فقد حاول أيضاً القضاء الإداري وضع الضوابط لمثل هذا النوع من الترخيص ونجد ذلك في حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر الصادر في 1966/11/26م، والذي تقول فيه: وتشير المحكمة الإدارية العليا إلى أن أسلوب الترخيص يكون بالنسبة إلى الاستعمال غير العادي للمال العام، بينما يكون أسلوب العقد بالنسبة إلى الاستعمال العادي، وتوضيح ذلك بقولها: إن الترخيص للأفراد باستعمال جزء من المال العام استعمالاً غير عادي هو من قبيل الأعمال الإدارية المبنية على مجرد التسامح، وتتمتع الإدارة بالنسبة إلى هذا النوع من الاستعمال بسلطة تقديرية واسعة فيكون لها إلغاء الترخيص في أي وقت بحسب ما تراه متفقاً مع المصلحة العامة باعتبار أن المال لم يخصص في الأصل لمثل هذا النوع من الاستعمال وأن الترخيص باستعماله على خلاف هذا الأصل عارض وموقوت بطبيعته ومن ثم قابل للإلغاء أو التعديل في أي وقت لداعي المصلحة العامة، أما التعاقد مع الأفراد لاستعمال مال عام في الغرض المخصص له أصلاً، فإنه يرتب للمتعاقد حقوقاً تختلف في مداها وقوتها بحسب طبيعة الانتفاع وطبيعة المال المقررة عليه، على أنها في جملتها تتسم بطابع من الاستقرار في نطاق المدة المحددة في الترخيص، أم إذا لم تكن ثمة مدة محددة فإن هذه الحقوق تبقى ما بقي المال

مخصصاً للنفع العام، وبشرط أن يقوم المتعاقد بالوفاء بالالتزامات الملقاة على عاتقه، فتلتزم جهة الإدارة باحترام حقوق المتعاقد في الاستعمال فلا يسوغ لها إلغاء العقد كلياً أو جزئياً طالما كان المتعاقد قائماً بتنفيذ التزاماته وذلك ما لم تقم اعتبارات بالمصلحة العامة تقتضي إنهاء تخصيص المال لهذا النوع من الاستعمال ودون إخلال بما للجهة الإدارية من حقوق في اتخاذ الإجراءات التي تكفل صيانة الأمن والنظام ولو تعارض ذلك مع مصلحة المتعاقد (1966/11/26).

ولقد أقر الفقه الإداري هذه السمة الاستثنائية لحقوق الإدارة على المال العام من ذلك الطرد بالطرق الإدارية لمن يعتدي على المال العام، والتزامها بصيانة المال العام، ومن ذلك جواز إلغاء الإدارة في كل وقت للتراخيص أو العقود التي يحصل عليها الأفراد لاستعمال المال العام[1].

كما أن محكمة القضاء الإداري في مصر أبانت الصلاحية التقديرية التي تتمتع بها الإدارة في منح الرخصة المتعلقة بالمال العام وهذا ما يتضح من حكمها الصادر في 1957/7/16 الذي تقول فيه: إن منح التراخيص أو منعها أو إلغاءها هو من الأعمال الإدارية التي تستند إلى أحكام القانون العام التي تقضي بإطلاق سلطة الإدارة في إدارة المال العام وفقاً للمصلحة العامة، ومراعاة لطبيعة استعماله، ومن ثم فإن للبلدية أن تلغي التراخيص الأشغال إذا ما دعت دواعي المصلحة العامة لحفظ النظام والآداب أو الأمن العام وإدخال تحسينات على المال العام إلى غير ذلك من مبررات المصلحة العامة وإن تقديرها لهذه المبررات خارج عن رقابة المحكمة[2].

---

[1] د. عبد الفتاح حسن: مبادئ القانون الإداري، مكتبة الجلاء، المنصورة، 1980، ص314.

[2] السنة 11، ص643، وفي هذا الموضوع قررت المحكمة شرعية إلغاء تراخيص الأكشاك بقصد هدم الأكشاك الخشبية وبناء غيرها محلها.

بوليس المحافظة على المال العام

ذكرنا سابقاً أن المال العام مجرد وعاء تتزاحم فيه وعليه سلطات متعددة بعضها ينتمي إلى سلطة حفظ النظام العام والآخر ينتمي إلى سلطة المحافظة على سلامة هذا المال.

والواقع أن المال العام بعامة والطريق العام بخاصة وهو أهم عناصر المال العام ليس مكاناً فحسب تمارس حرية التنقل، ولكنه إضافة إلى ذلك ملكية اجتماعية وعلى هذا يكون للإدارة استناداً إلى هذه الصفة أن تعني بحسن استعماله وتحميه من كل اعتداء[1].

وبمعنى أوضح فالمال العام، ليس مكاناً قد تقع فيه اضطرابات محتملة تهدد سلامة المرور أو صحته، وإنما هو ملكية عامة قد تتعرض لمخاطر الاعتداء المادي عليها، وهذا يفتح المجال واسعاً لاستغلال المرافق العامة.

وعلى هذا فاستخدام المال العام يؤدي في نظر البعض إلى تحريك نوعين من السلطة، سلطة الضبط بمعناها الصحيح وسلطة ضبط داخلي هدفها المحافظة على المال العام[2].

ولئن اشتركت السلطتان بوسيلة العمل المشتركة «هي سلطة لائحية مزودة بعقوبات جنائية» إلا أنهما تتلمسان غايتين مختلفتين في الطبيعة وفي وسيلة التحقيق.

فبوليس المحافظة على الدومين (المال) police la conservation du domain غايته حماية السلامة المادية للمال العام، وهو يعكس مدلولاً مادياً، ويكون «كما يقول دي لوباديير» مظهراً خاصاً لقانون الملكية الإدارية[3].

---

[1] د. عصفور: الضبط الإداري، ص329.

[2] المرجع السابق، ص329.

[3] المرجع السابق، ص329.

وقد يفصح المشرع احياناً عن الغايات التي يستهدفها وهل هي غايات مالية أم لا، وهذا ما يتضح من قانون الطرق العامة رقم 53 لسنة 1949 (مصر) فقد لوحظ أن الترخيص المفروض على الانتفاع الخاص من الطرق إنما يستهدف تحقيق الغايات الضابطة دون الغايات المالية، ولذلك فإن سلطة الإدارة مقيدة في رفض الترخيص على ضوء هذه الغايات دون غيرها في حين أن القانون رقم 106 لسنة 1995 (مصر) الخاص بالنقل العام لركاب السيارات قد استهدف تحقيق غايات مالية، وذلك باقتضائه رسماً على الترخيص لشركات النقل حيث روعي في تحديد هذا الرسم مقدار الحمولة الفعلية التي يتحملها الطريق والإدارة الإجمالية للشركة المرخص لها[1].

ولعلنا نجد أساس ذلك في واقعة أن القوانين التي تكفل الاستخدام المشترك وتفوض في الوقت نفسه السلطات الإدارية بالسماح لأشخاص معينين بصورة من صور الاستعمال تنطوي على تكاليف خاصة[2].

وهذا الحق المجاز[3] privative يمنح بقرار إداري فردي ذي سيادة وخالق للحق، ومن الهيئة المكلفة ببوليس الاستخدام العام police de lusage communt

[1] د. عصفور: الضبط الإداري، ص329.

[2] المرجع السابق، ص336.

[3] إن كلمة privative تعني لغة خاص وقد استعملت مصطلحاً تارة بمعنى جاز وأخرى بمعنى مطلق وصارم وسبب ذلك أن الترخيص الخاص يعطي المرخص له سلطات واسعة وحازمة وقوية وصارمة وخارقة.

ونحن هنا أمام التزام حقيقي يجوز بمقتضاه الفرد في مواجهة الإدارة المانحة بهذا الحق الخاص المتضمن الاستخدام المتزايد للمال العام يحدده قرار الامتياز[1].

وهذا الالتزام لا ينشئ حقاً عينياً reel بل تسترد الإدارة المالكة حقها في الحالات التي يؤدي فيها الاستعمال الخاص إلى المساس بالمال، وإن كان الحد الفاصل بين الاستخدام المشترك المتزايد، وبين الاستخدام الحازم، هو حد مرن أو مبهم ومتحرك Mobil ويختلف من دولة إلى أخرى[2].

ففي حين إنشاء خزان فوق جسر النهر يعتبر استعمالاً متزايداً يتطلب فحسب ترخيصاً من البوليس هذا الأمر يتطلب من دولة إلى أخرى عقد التزام حقيقي.

وهذا الترخيص القائم عقد التزام يؤدي الوظيفتين الآتيتين: الأولى إنشاء مرفق عام والثانية إعطاء حق استعمال صارم للشيء العام[3].

وثمة حالات من الاستعمال تختلف عن الحال السابقة وهذه الحالات تمثل صورة من الاستخدام البالغ formed utitisation accrus «وإن كانت لا تتجاوز الاستعمال المطابق لتخصيص المال العام» ومن قبيل ذلك إقامة محلات بجانب الطريق العام، أو في الميادين العامة أو استخدام الطرق لنقل الأشياء الثقيلة للغاية أو إقامة واجهات زجاجية (فترينات) تعتدي على المكان المخصص فوق الطريق العام، أو القيام بجر المياه الصناعية إلى نهر عام[4].

---

[1] د. عصفور: الضبط الإداري، ص337.

[2] د. عصفور: الضبط الإداري، ص337.

[3] هذا القول لفلاينر، انظر د. عصفور: الضبط الإداري، ص337.

[4] د. عصفور: الضبط الإداري، ص337.

هـذا الاسـتخدام الشـديد للمـال العـام لغايـات فرديـة لا يمكـن أن يـتم إلا بمقتضـى تـرخيص بـوليس، ولا يسـتطيع البـوليس بوجـه عـام أن يـرفض الترخيص مـالم يتعـارض مـع المصـلحة العامـة (اعتبـارات المـرور – الصـحة العامـة – الأمـن العام)[1].

وإذا أعطى البوليس الترخيص وهو ترخيص بالاستعمال autorisation usage فباستطاعته أن يضيف شروطاً يمنع المساس بالاستعمال العام.

وفي الفقـه الفرنسـي اتجـاه مماثـل للفقـه الألمـاني السـالف الـذكر، حيـث يقـرر أن استغلال المال العام قد ينطوي على تدبير من تدابير الضبط.

فالمـال العـام مخصـص لاسـتعمال جميـع أفـراد الجماعـة، وإن كانـت مـع هـذا الاستعمال تتفاوت تبعاً لأسلوب الاستعمال.

وهكذا فاستخدام السيارات للطريق العام مسموح به للجميع شريطة أن يتفق مع التنظيم الخاص بالمرور.

وتغدو المسألة أكثر تعقيداً في حال الاستخدام الخارق privative للمال العام[2].

فقد يستطيع الأفراد الحصول على تراخيص مرور تسمح لهم باستخدام ممتاز لتوابع المال العام (تراخيص الوقوف وحقوق العرض وتراخيص المقابر).

وهكذا يجب التمييز بين:

1- حالة ما إذا كان منح ترخيص بالانتفاع الخاص بالمال العام ينطوي على شغل دائم لتوابع المال، فمثل هذا الترخيص الذي له صفة التدبير الضبط العام يمكن أن تفرضه السلطة البلدية بمقتضى سلطاتها الإنشائية المتضمنة في بوليس النظام العام.

---

[1] د. فلاينر: انظر الضبط الإداري للدكتور عصفور، ص388.

[2] عرض لهذ الفقه الفرنسي: د. عصفور: الضبط الإداري، ص338 وما بعدها.

2- وعلى النقيض من ذلك فالتراخيص المنطوية على حق إشغال توابع المال العام، يمكن أن تمليها السلطة الإدارية المكلفة بضبط المحافظة على المال العام[1].

وفي الحالتين تستطيع السلطة الإدارية بمنحها تراخيص باستخدام خاص للمال العام أن تخضع الحائزين لها قانونياً لجميع الشروط الضرورية، سواء للمحافظة على حسن النظام في الدومين العام أم لحماية سلامته المادية[2].

وقد يكون الحاصلون على ترخيص المرور (المنطوي على شكل خاص للمال العام) يساهمون في تنفيذ نشاط المرفق العام، فالإدارة لا تستطيع «في مثل هذه الحال» أن تقف غير مبالية بالنسبة للشروط التي يجب أن تمارس بها مثل هذه الأنشطة.

ويزودنا القضاء الخاص بالرقابة على الأنشطة التي تمارس فوق المال العام بأمثلة كثيرة من ذلك:

- هنالك أنشطة تهم الصالح العام، ولكن المشروعات الخاصة لا تؤديها بكفاية، ولهذا يمكن لهذه الأنشطة أن تخضع لنظام المرفق العام عن طريق الانحراف بترخيص ضبطي مزود بالتزامات مرفق عام، وهكذا يغدو الترخيص أداة لإقامة مرفق عام[3].
- ولقد طبق مجلس الدولة هذا المبدأ بالنسبة للنقل البحري، فقد جاء في أسباب هذا الحكم، ومن حيث أن عمليات الشحن والتفريغ ونقل السلع في الموانئ والثغور تكون عناصر للمرفق العام، والتي خصص الدومين العام البحري لتنفيذها.

---

[1] د. عصفور: الضبط الإداري، ص238.

[2] مجلس الدولة الفرنسي: 1942/5/5، داللوز 1964، ص164.

[3] د. عصفور: الضبط الإداري، ص339.

- لـذلك فالحـاكم العـام لمدغشـقر يملـك أن يخضـع لالتزامـات المرفـق العـام المنـتفعين بـالتراخيص الممنوحـة بقصـد كفالـة حاجـات المنـتفعين بمينـاء المستعمرة[1].
- وفقاً لقضاء مجلس الدولة يمكن أن يخضع استغلال عربات الانتظار لالتزام المرفق العام عن طريق تراخيص الوقوف التي تحكمها الجهة الإدارية، ويبرر هذا التدخل الضبطي، إما أسباب حماية أمن المواصلات، وأما لاعتبارات حماية المنتفعين بخدمة (التاكسيات)، والأمر نفسه بالنسبة لمشروعات النقل المشـتركة، فقـد تضـمنت المـادة 49 مـن القـرار الـوزاري الصـادر في 1954/7/17 الخاص بوسائل نقل الأشخاص المشتركة ما يلي: إن أية عربة تستخدم في النقل العام المشترك للأشخاص لا يمكن أن يسمح لها بالمرور بدون ترخيص من المحافظ وبعد توفر الشروط المنصوص عليها في المادة 50 من القرار الإداري المذكور[2].
- ولا حاجة للتدليل بأنه إذا كان المال المملوك للدولة خاصاً، فإن ما تقوم به السلطات العامة تصرفات في إدارة المال بخرج من عداد النشاط الضبطي.
- أما بالنسبة للمال العام، فحيث يكون هذا المال مخصصاً بحسب طبيعته للمرافق العامة، فإن فكرة الضبط الإداري لا تتدخل إلا لدواعي النظام العام

---

[1] حكم مجلس الدولة الفرنسي: 1936/5/15، قضية Belof، داللوز 1937، 3 ص1، مع تعليق فالين وانظر حكم مجلس الدولة الفرنسي: 1893/8/3، قضية chambse sydieat des Entrepreneurs de voitures de place، المجموعة ص676، وحكمه الصادر في 1888/12/27، قضية ponthiers، ص920.

[2] هذا رأي بابانيكو لابيديس في رسالته، انظر د. عصفور: الضبط الإداري، ص340.

ومن جهة أخرى فإذا كان المال العام مخصصاً لانتفاع الجمهور فإن سلطة الضبط تتفاوت لطبيعة الانتفاع الفردي بهذا المال العام.

فإذا كان الانتفاع بالمال العام عادياً أي مطابقاً لما أعدله المال، فإن أقصى ما يسمح للإدارة به هو وضع تنظيم للانتفاع يقصد به تحقيق إحدى غايات النظام العام، أو حماية المال العام من التكليف، وثمة خصائص معينة تشترط في التدبير الضبط منها:

1. أن يقتصر الحظر على المنع المؤقت.
2. ألا يتسع إلى الترخيص.
3. ألا ينطوي في الأصل على تحقيق أغراض مالية اللهم إلا إذا تقرر التكليف المالي على جميع المنتفعين، أو على المنتفع بميزة خاصة[1].

أما إذا كان الانتفاع بالمال العام خاصاً وخارقاً فيجب إجراء مواءمة دقيقة بين ما للدولة من حق على المال العام، ثم طبيعة تخصيصه وأخيراً مدى اتصال حق الانتفاع بالعربات والحقوق الفردية.

وهكذا تتفاوت تدابير الإدارة في شدتها فيما يتعلق بالانتفاع الخاص حيث تتراوح بين فرض مقابل مالي أو استلزام ترخيص، كما تختلف غايات هذه التدابير أو يختلط بعضها ببعض، فهي تدابير ضبطية، أو تدابير المحافظة على المال العام نفسه.

ومع هذا التفاوت في مدى سلطة الضبط هذه السلطة فقد ثار التساؤل عن أساس هذه السلطة وطبيعتها، وما إذا كانت ترتكز على فكرة الملكية العامة وما يتفرع

---

[1] د. عصفور: الضبط الإداري، ص340.

عليها من فكرة المحافظة على المال العام، أم أنها ترتكز على اعتبارات النظام العام.

على هذا الأساس يميز J.chevalier بين الضبط العام الذي يمارس فوق المال العام (في صورة ضبط المرور للمحافظة على النظام العام)، وبين بوليس المحافظة على المال، وإن كان لم يتوان عن التأكيد بأن هذا التمييز «من الناحية العملية» بالغ الدقة[1].

وفي الواقع أن فكرة وجود بوليس للحفاظ على المال العام (متميز) هذه الفكرة قديمة وقد عرفت قبل الثورة الفرنسية.

غير أنه من المؤكد أن الفكرة الحديثة عن بوليس المحافظة، قد ولدت في غمار حركة أشمل وأعم ويمكن القول أن الفكرة المذكورة قد ملأت الحياة الفقهية حوالي سنة 1908 حيث اعتنقها الكثر من الفقهاء أمثال "لوباديير"«الذي أقام أساسها الصلب» و Jansse و Maroget و Teitgen.

ويؤكد الدكتور عصفور أن النظرية الحديثة لبوليس المحافظة، هي وليدة عنصرين مختلفين هما: حق ملكية الطريق العام، بروز الدور المتطور للسيارة[2].

هكذا ربط "لافريير وهوريو ودي لوباديير" ربطاً عضوياً حق ملكية المال بحق الإدارة في اتخاذ التدابير الضرورية للمحافظة على هذا المال.

---

[1] د. عصفور: الضبط الإداري، ص342.

[2] المرجع السابق، ص342.

وعلى خلاف الأمر في فرنسا فقد أنكر الفقه في ألمانيا وجود بوليس للمحافظة لأن إقرار ذلك يعني التسليم بوجود أهداف مالية داخل الضبط caracteres patrimoniaux dans la police.

أما بالنسبة لاتساع استعمال السيارة، فقد أكد "لوباديير" أن معظم مسائل المحافظة على المال العام كان وليد هذا الاتساع، لا سيما ما يتعلق باستعمال سيارات النقل وما تؤديه من عواريات الطريق.

وهذا ما أكده "لافريير" بقوله: ((إن القرار الإداري الذي يهدف إلى كفالة المحافظة على المال العام أو إدارته أو توسيع حدوده ومنع التعدي عليه هذا القرار لا ينبع من سلطة الإدارة الصانع الضابط وإنما هو أسلوب خاص لإدارة ذمة مالية إدارية، إذ لا يوجد الضبط أي عنصر مالي:

"Dans la police clngùa a oueun élément patrimonial"

وبالمقابل فليست السلطة الضبط موضوع آخر غير حسن النظام بمدلولاته الثلاثة))[1].

على هذا الأساس تحدث الفقه المذكور عن سلطة الإدارة في قمع التعديات على الطرق العامة بمقتضى سلطاتها في حماية المال العام لمصلحة ذمتها المالية[2]، وهذا الأمر لا يتعلق بالضبط الصرف، وإنما بضبط الطرق police de la voirie، حيث يقوم العنصر المالي بدور طاغ من أجل حماية السلامة المادية للمال.

---

[1] د. عصفور: الضبط الإداري، ص343.

[2] المرجع السابق، ص343.

ويرى "تيتجن" أنه لا يجوز أن تستخدم ولاية الضبط أبداً لحماية المصالح المالية للإدارة، فثمة اختلاف واضح بين بوليس الإدارة الإدارية وبوليس المرافق العامة من جهة وبين بوليس النظام العام من جهة ثانية، وإن بوليس المحافظة يمكن اعتباره بوليساً داخلياً للمرفق.

واستناداً إلى ذلك فعلى العمدة أن يكفل العمل الحر للمرافق العامة في الحالات التي لا بخل بعنصر السكينة والأمن والصحة العامة ولكن ليس من حقه أن يستخدم بسلطاته الضبطية لغرض المصلحة المالية للإدارة، فحماية المال ليست غاية الضبط، ومع ذلك فمن حق العمدة أن يمنع التعديات على المال العام التي عكرت الأمن أو سببت حوادث على الطريق العام.

ويضرب المؤلف مثلاً على ذلك في تحديد أوزان عربات النقل وتحديداً الدواع التي يسمح بها بالمرور تمييزاً في النهاية بين غاية الضبط أو النظام العام وبين الغاية الدومينية المالية[1].

أما "لوباديير" فيعرف بوليس المحافظة بأنه سلطة الإدارة بأن تستخدم تدابير وقائية مزودة بجزاءات جنائية بقصد المحافظة المادية على المال[2].

ويؤسس هذا الفقيه البوليس المذكور على حق الملكية الإدارية مع تمييزه الواضح بينه وبين بوليس النظام العام، وهذا ما يتأكد من قوله: ((أن بوليس المحافظة لا يجوز في رأينا أن يفسر بنفس الطريقة التي يفسر بها بوليس المرور ذلك أن بوليس

---

[1] د. عصفور: الضبط الإداري، ص344.

[2] مطولة في القانون الإداري ج2، ص164، بند 310، ويعرف لوباديير هذا البوليس بقوله: إن غايته الدفاع ضد آثار استعمال مال يكون مملوكاً للإدارة.

المحافظة يتعلق بحق الملكية الإدارية، أي يحق للإدارة بأن تتخذ التدابير اللازمة للدفاع عن مالها وهذا يعني أن كل ما يمس السلامة والحماية المادية للمال يخضع لقواعد خاصة متميزة تمليه طبيعة حق الملكية)).

على هذا الأساس يؤيد "دي لوبادبير وروجر بونار" في انتقاده بوليس المحافظة المؤسس على فكرة الضبط الحقيقية، حيث يقول: ويجب أن نقول في جميع الحالات أن بوليس المحافظة وبوليس النظام العام ليست لهما نفس الطبيعة وبيان ذلك، فبوليس المحافظة هو عنصر أساسي ومظهر خاص ونموذجي لحق الملكية الإدارية والأمر على خلافه بالنسبة لبوليس النظام العام لا يتلون بسمات المال العام، بل وحتى إذا افترضنا أن له حقوقاً أكثر اتساعاً فهذا لا يغير بالأمر شيئاً، ويبقى متعارضاً مع كل حقيقة مالية[1].

ومع ذلك فقد أكد هذا الفقيه بأن بوليس المحافظة لا يترتب على المال العام بأكمله، وإنما على ذلك الجزء الذي تنص عليه قواعد خاصة تختلف في طبيعتها عن تلك النصوص التي تزود الإدارة بسلطة الضبط العامة، وهذه النصوص الخاصة ببوليس المحافظة لا تنسحب إلا إلى بعض توابع depen daneas، أخصها الطرق على مختلف أشكالها كالطريق البري والنهري أو الموانئ أو شواطئ البحر وتوابعها المباشرة[2].

وهكذا يتضح من هذا الرأي الأخير للفقيه "لوبادبير" أن الأمر يتعلق حقيقة بحماية خاصة للطرق أكثر من أن يكون بوليساً للمحافظة على المال العام بأسره.

---

[1] دي لوبادبير: المطول، ص165و 166، فقرة 312.

[2] دي لوبادبير: المطول، ص165و 166، فقرة 313.

علــى هــذا الأســـاس يضـــع دي "لوبـــادبير" لنظـــام مخالفـــات الطـــرق contraventions de voirié مكانـاً ذا أهميـة أولى في تركيبـه، فهـو يمثـل الحماية الجنائية للمال العام، بصفته يشمل من جهة بوليس المحافظة، ومن جهة أخرى مخالفات الطرق وهذه العلاقة بين الحقيقتين: هي التي تحدو إلى إيجاد نظام جنائي خاص لحماية المال العام يقول "لوبادبير" : ((أن الجزائيات الجنائية التي تحمي المال العام أو مخالفات الطرق ترتبط بوجه خاص بلوائح البوليس التي تصدرها الإدارة بقصد حماية المال، وهذه السلطة التنظيمية (بوليس المحافظة) تكون بذاتها (بسبب ارتباطها بجزاء) نظاماً خاصاً للدومينية العامة))[1] .

ومن أهم مظاهر هذا النظام الطابع المالي كمظهر نموذجي وخاص بحق الملكية الإدارية[2] .

وبالطبع فإن أي تأسيس لسلطة الضبط على فكرة الدومينية العامة، كان لا بد أن يكون موضع انتقاد لاذع من الفقه، وعلى رأس هؤلاء كلاين، فهذا الفقيه يرفض بشدة رد الضبط إلى فكرة الملكية، وبالتالي فإن بوليس المحافظة لا يعدو أن يكون بوليس الطريق العام، وإن الحماية الجنائية التي يتحدى بها "لوبادبير" ليست مظهراً من مظاهر النظام العام[3] .

وفي نظر هذا الفقيه إذا كان للملكية القدرة دون حدود على التكييف والملاءمة فسلطة الضبط على النقيض من ذلك تتحرك ضمن حدود النظام العام، وبذلك فالدفاع عن الملكية لا يجوز أن يكون موضوعاً لتدابير ضبطية، ومن جهة أخرى

---

[1] لوبادير: المطول، ص164، رقم 308.

[2] المرجع السابق، ص165، رقم 312.

[3] د. عصفور: الضبط الإداري، ص347.

فإذا كان القانون الخاص نفسه يعرف نوعاً من بوليس المالك فالمال العام ينطوي إضافة إلى هذه الوسائل على الحماية الجنائية المقررة[1] .

ومع أن الشراح الرافضين لفكرة بوليس المحافظة يعتقدون بإمكان الحديث عن بوليس مالي ليس إلا أن الضبط والملكية ليسا الإقناع لإخفاء هذا التعارض[2] . فالضبط وحماية الذمة المالية فكرتان متعارضتان وبالتالي فالحماية الجنائية للذمة المالية لا تظهر إلا حيث هنالك مجال لحماية النظام العام.

وعلى هذا الأساس، فقد استقر القضاء على أنه لا يجوز استخدام سلطة الضبط بقصد حماية مصالح مالية للإدارة، إلا إلى المدى الذي تنطوي هذه الحماية على حماية أخرى لمصلحة عامة.

وهذا الرأي الأخير يشق الطريق لاحباً أمام فقه جديد يعتبر بوليس المحافظة بوليساً للطريق العام.

وحقيقة الأمر أن وجهة النظر السائدة التي تبرر قيام ضبط المحافظة هي أن الإدارة تتمتع بسلطة فرض قواعد تنظيمية بقصد حماية المحافظة على الطريق، وهذه القواعد تقترن بجزاءات جنائية تتمثل في مخالفات الطرق الكبرى[3] .

ذلك أنه إذا كان بوليس المحافظة يرتبط بالدومين العام بكامله لوجب أن تكون الحماية الجنائية شاملة لكافة عناصر المال العام وهو فرض غير محقق[4] .

---

[1] د. عصفور: الضبط الإداري، ص348.

[2] المرجع السابق، ص348.

[3] المرجع السابق، ص348.

[4] المرجع السابق، ص349.

لهذا السبب لا يجوز القول أن ثمة بوليساً يرتبط بالدومينية، بل الحقيقة أن بوليس المحافظة مرتبط بالطرق وبأنواع معينة، منها الطرق الهامة التي تسمى grandes voirié[1].

وعلى هذا فلا يمكن فهم نظام الطرق الهامة، إلا من حيث ارتباطه بالمرور دون ارتباطه على الإطلاق بحماية الذمة المالية[2].

فالنظام الخاص للحماية الجنائية لا ينصرف إذن للسلامة المادية إلا حيث تعلق الأمر بالمرور، وفي عبارة أخرى فالمخالفات الجنائية لا تعاقب على السلامة المادية للمال العام، بل تعاقب فقد على العدوان المحتمل على المرور أو الملاحة، وهذا يعني أننا في صدد البوليس العام المتعلق بالنظام العام، لا سيما إذا وضعنا في الاعتبار أن نظام الطرق الكبرى لا يمكن تصوره إلا حيث يوجد بالتحديد مروراً بذلك فهذا النظام لا يتصرف إلى عناصر الدومين العام الي لا تستخدم للمرور، وهذا يعني أنه ليس المال العام الذي يحمي وإنما هو طريق المواصلات[3].

ويرى الدكتور عصفور أن سلطة الإدارة على صور وأشكال الانتفاع بالمال العام هو خلاف عملي في المقام الأول، وهذا ما ينعكس بصورة بارزة على تكييف سلطة الترخيص، وما إذا كانت ضبطاً أم محافظة أم مزيجاً من الأمرين[4].

ذلك أنه يترتب على الترخيص حرمان الغير من الانتفاع بالجزء المرخص به، وهذا يخالف بالطبع مبدأ المساواة بين المواطنين في الانتفاع بالمال العام فضلاً عن أنه

---

[1] د. عصفور: الضبط الإداري، ص349.

[2] المرجع السابق، ص349.

[3] المرجع السابق، ص349.

[4] رسالة كلاين، وانظر د. عصفور: الضبط الإداري، ص349.

يتعارض مع تخصيص المال العام، وقد يترتب عليه المساس بوعاء المال، وتحويله على الأقل عن الغرض الذي أعد له أصلاً.

ويترتب على ذلك أنه إلى جانب الاعتبارات التي ترتد إلى فكرة الملكية، هنالك اعتبارات ترتد إلى طبيعة الدولة الضابطة وما يتفرع على ذلك من إمكان فرض شروط تتعلق بالنظام العام دون أن يعتبر ذلك إقحاماً لأمور غريبة عن الترخيص، وربما كان أكثر الموضوعات التي ثار حولها الخلاف الشديد، هو اشتراط الترخيص لتسيير عربات النقل المشترك (دون سيارات الأجرة الخاصة) والأساس القانوني لهذا الاشتراط.

فلقد اعتبرها البعض وسيلة خاصة من وسائل الانتفاع بالمال العام، ورتب على ذلك تعديل كبير في نظام المرور إضافة إلى سرعته تلف الطرق العامة وشغلها في كثير من أجزائها بصفة منتظمة ومتكررة، وهذا ما يبرر فرض المقابل المالي على هذه السيارات «وهو كصورة من صور التنظيم» وباعتبارها تستخدم الطريق في نهاية خط سيرها كجراج، وبالتالي فالغاية من فرض هذا المقابل ليست مالية بحتة بل ترمي أولاً إلى صيانة الطريق من التلف «أو تعويض الإدارة عن هذا التلف» وهي الغاية نفسها التي تبرر فرض الترخيص على تسيير العربات.

وقريب من ذلك ما أكدته محكمة الاستئناف المختلطة من أن فرض الترخيص على تسيير العربات الثقيلة في الطرق التي تربط البلاد بعضها مرتبط بفكرة حق الدولة في استغلال المال العام وإدارته لا بصفتها سلطة ضبط ولقد وضعت المقابل المالي لهذا الترخيص بأنه أجر un loyer، أما الرسم – على حد رأي هذا الحكم – فيفرض في حال الترخيص بمرور العربات على القناطر والكباري وفقاً للمرسوم الصادر 1894/7/22 المتعلق بالترع والجسور، ومن ثم فالمال يدفع للدولة بوصفها سلطة لا مديرة للمال العام.

ويذهب "فاران" إلى أن إعطاء الترخيص في تسيير سيارات النقل المشترك التابعة للمشروعات الخاصة يدخل في ولايته الإدارة الضابطة ولا يدخل في التنظيم المرفقي، وإن للإدارة بهذا الوصف أن تضمن الترخيص شروطاً متعلقة بأمن الركاب وسلامتهم[1] .

ويرى بعض الفقهاء رأياً مخالفاً للرأي الأخير مؤداه أن حق الإدارة في صيانة المال العام هو تنظيم مرفقي يسهم في كفالة أمن المارة في الطريق.

على هذا الأساس اعترف قضاء متأخر لمجلس الدولة الفرنسي للعمدة بالحق بأن يحظر بتدابير ضبطية نقل الركاب داخل منطقة ما بالنسبة لشركات النقل على نحو يمنع منافسة هذه المشروعات لشركة ملتزمة بالنقل الجماعي في المنطقة المذكورة غير أن هذا القضاء الأخير لا يعتبر استثناء من المبدأ العام، ولكنه يحدد نطاقه فحسب بحيث لا تنصرف سلطات الضبط في هذه الحالات إلى قصد مالي وحيد وإنما إلى غاية ضبطية كما هي الحال في حماية حرية المرور في الطرق العامة وغيرها[2] .

ويرى فريق من الفقهاء أن مشروعات النقل لا تشغل مكاناً مانعاً للغير من استعمال المال، وأن الترخيص بها يتصل بسلطة المرور لا بقصد تقييد شغل المال العام[3] .

وهذا الرأي الأخير كان موضع انتقاد شديد على اعتبار أن الترخيص الذي يتعلق فقط بنظام المرور هو الترخيص بقيادة السيارات، وهو قيد على حرية الغدو

---

[1] د . عصفور: الضبط الإداري، ص351.

[2] رسالة بابانيكو لابيديس، وانظر د . عصفور: الضبط الإداري، ص351.

[3] عرض لهذا الرأي د . عصفور: الضبط الإداري، ص351.

والرواح، والترخيص بتسيير سيارات الأجرة العادية والخاصة هو قيد على حرية التجارة بالنسبة لسيارات الأجرة أو قيد على حرية العمل بصفة عامة[1].

وذهب البعض إلى أنه يجتمع بهذا الترخيص إلى جانب فرض التنظيم المرفق هدف الضبط الإداري، فصفة الدولة المالكة تظهر في إعطاء هذا النوع من التراخيص ومن ثم فسلطة الإدارة في إعطائه ورفضه أوسع من سلطتها بالنسبة لنوع الانتفاع الأول كما أن الغايات التي تبرز رفضها للترخيص فضلاً عن الغايات السالفة الذكر وهي غايات الضبط الإداري الغايات التي تتيح للدولة حق استغلال المال العام استغلالاً مالياً اقتصادياً، وبالتالي فالترخيص بالانتفاع غير العادي بالمال العام يمتزج فيه نوعا النشاط الإداري المرفقي والضابط، فهو إذن نوع من تنظيم الدولة لأوضاع الاختصاص لمالها العام مع نشدان مقاصد الأمن أو غيرها من غايات النفع العام، ولهذا كان صحيحاً ما ذهب إليه البعض من أن صيانة الطريق police de conservation تعتبر ضبطاً يختلط بالإدارة لأن صون المال العام من قبل الدولة لا يتوخى في مقاصده القريبة الاستعمال حق من حقوق المالك في صيانة ماله وإن كانت هذه الصيانة تحقق في بعض الصور سلامة المارة، وأنه يجوز للإدارة أن تتوخى – في تنظيم الاستئثار بمالها العام – غايات أخرى إلى جانب مقاصد الضبط[2].

وإذا كان ليس شاقاً تحديد شرعية تدابير الضبط، إلا أن هنالك صعوبات كثيرة تثور عند التمييز بين تدابير الضبط، وتصرفات إدارة المال العام.

والتمييز بين هاتين الطائفتين من السلطات لم تظهر منذ فترة طويلة.

---

[1] د. عصفور: الضبط الإداري، ص352.

[2] مجلس الدولة الفرنسي: 1957/9/20.

وفي الواقع فالضبط الإداري كان حتى تاريخ حديث المجال الأساسي للنشاط البلدي، وفي نطاق القرية كان العمدة في الوقت نفسه سلطة ضبط ومديراً للمال، ومن جهة أخرى فالوجه الاقتصادي والمالي للدومين العام لم يكن قد تكشف تماماً إلا منذ بضع سنوات، ولهذا لم تكن هنالك فائدة في التمييز بين هذين الشكلين للتدخل الإداري.

غير أن عوامل متعددة أدت في فرنسا إلى بروز هذه الفائدة فقد تزايد ظهور الدومين العام كثروة يجب أن تستغل، ومن جهة أخرى، فقد كان هنالك وضع خاص لمدينة باريس بالذات حيث كانت تنتمي تصرفات إدارة الدومين إلى محافظ السين، في حين أن سلطات الضبط كانت من اختصاص مدير الأمن.

هذه العوامل مجتمعة حدث مفوض الدولة guldner للقول بأن التمييز بين التدبير الضبطي وفعل الإدارة يجب أن يؤسس على اعتبارين رئيسيين، هما الجزاءات والغاية.

أما الجزاءات فتختلف من حالة لأخرى، فهي في حال تصرفات الدومين جزاءات إدارية ذات طابع مالي، في حين هي في تدابير الضبط جزائية ومنصوص عليها في قانون العقوبات.

وإما الغيابات فليست واحدة بالنسبة لنوعي التصرف السالفي الذكر، وذلك أن التصرف الإداري عادة ذو طبيعة اقتصادية، في حين أن تدابير الضبط ترنو إلى حماية النظام العام[1].

بيد أن الأفكار السالفة الذكر لم تكن أكثر من توجيهات فقهية لذلك فلم تنجح من الناحية التطبيقية لا سيما أن المعيارين المذكورين لم يكونا على درجة كبيرة من الدقة والانضباط فعلى صعيد الجزاءات ليس وجود الجزاءات الجزائية دليلاً على

---

[1] د. عصفور: الضبط الإداري، ص353.

الضبط ذلك لأنه توجد في مادة الضبط جزاءات متنوعة للغاية لا تقتصر على الجزاءات الجنائية، فضلاً عن أن البوليس الخاص بالمحافظة على الدومين مزود أيضاً بوسائل جزائية، هي مخالفات الطرق العامة والصغيرة[1].

وعلى صعيد الغايات، نجد الصعوبة نفسها لسبب بسيط هو أن تصرف الإدارة يأخذ كثيراً في الاعتبار النظام العام، ومن قبيل ذلك الالتزامات المفروضة على الفرد الحائز على ترخيص بشغل مكان خاص في المال العام.

وخلاصة كل ما يمكن قوله في هذا الباب أن نشاط الإدارة أخذ يتوسع عمقاً ومسطحاً في النشاط الخاص وأخذت الإدارة تتوسع في المال الاقتصادي من أجل اتباع الحاجات العامة، حيث أخذت تملك وتدير مرافق اقتصادية، أو تقوم بمنح تراخيص عليها للأفراد، مما أبرز دور الجانب الإداري في نشاط الإدارة.

على ضوء هذا التطور الأخير لنشاط الإدارة على كل محقق أن يلاحظ ويأخذ بعين الاعتبار السلطات الآتية للإدارة على الأموال العامة:

1. تدابير الضبط العام.
2. تدابير ضبط المحافظة على المال العام.
3. تصرفات إدارة المال العام.

وأمام صعوبة استخلاص معيار أكيد جامع مانع في هذا الشأن، فعلى القاضي الإداري أن يراقب جميع أوجه الاختلاط والتداخل والتأثير في العوامل الآنفة الذكر.

على هذا الأساس فالقاضي الإداري قد يقضي بإلغاء تدبير تقديري للضبط أسس وحمل على اعتبارات دومينية[1] في حين أن هذا القاضي يأخذ بعين الاعتبار أن

---

[1] د. عصفور: الضبط الإداري، ص353.

تصرف إدارة الدومين لن يشوبه عيب عدم المشروعية بحجة أنه يمكن أن يمس سكينة المواطنين[2].

على هذا النحو تتداخل اعتبارات الضبط مع غيرها من أنشطة الإدارة، ويترتب على تغلغله في أنشطة الإدارة نتائج بعيدة وصعوبات بالغة، حيث يغدو من الصعوبة التمييز بين التصرفات العادية التي تمارس لسير النشاط الإداري سيرته العادية، وبين التصرفات الضبطية التي لا شأن لها بالعمل الإداري الرتيب.

---

[1] حكم مجلس الدولة الفرنسي: في 1964/5/29.

[2] حكم مجلس الدولة الفرنسي: في 1963/1/12.

العناصر الموضوعية لتقدير الإدارة في مجال الرخصة الإدارية المتصلة باستعمال الأموال العامة

ذكرنا سابقاً أن الاستعمال العام للمال العام يقترب من ممارسة الحريات العامة، لذلك فهو لا يحتاج تراخيص مسبقة، ومن جهة أخرى فإن ضوابط وحدود هذا الاستعمال عامة ومجردة وتنطبق على الأفراد بصفاتهم لا بذواتهم، بل أنه حتى لو فرضنا وجود قرارات إدارية فردية، فهذه القرارات، هي قرارات تنفيذية أو قرارات تسوية على ما هو معهود في النظرية العامة للقرارات الإدارية.

والأمر نفسه بالنسبة للاستعمال العام لجزء من المال العام، الذي يأخذ عادة مظهر فئوي category، بحيث تقوم فئة من الأفراد ضمن شروط قانونية معينة باستعمال جزء من المال العام، مثل رسو السفن أو استعمال الجبانات، أو وقوف السيارات...الخ[1].

وهكذا يتضح أنه لا مجال للتقدير في هذين الضربين من الاستعمال على اعتبار أن التقدير وليد ظروف الخاصة والفردية التي تحيط بمركز قانون معين.

---

[1] انظر في ذلك الأمر العربي رقم 27 تاريخ 1978/1/15، والمتضمن تخصيص ساحات في حلب كمركز لوقوف السيارات وانطلاقها، محامون لعام 1978، ص100.

وما دمنا نتكلم عن مركز ذاتي خاص فهنالك صعوبة في تحديد تلك الملابسات الخاصة، وليس هنالك تقدير أو حرية إذا قيدنا الإدارة في سير هذه الظروف الخاصة وإن كان من غير المناسب ترك الحبل على غاربه، فذلك مدعاة للتحكم ويتيح لنا الكلام عن بعض المعالم الموضوعية التي تفرض نفسها على التقدير.

وأول هذه المعالم الموضوعية طبيعة الترخيص الممنوح وحدوده، ثم طبيعة المال العام، إذ الأصل أن يتفق الترخيص مع طبيعة الانتفاع العام الذي يؤديه المال العام وبالتالي فإذا لم يتوفر الاتفاق المذكور، فهذا الوضع لا يمكن أن يرقى إلى درجة تعطيل النفع العام والإدارة هنا تتمتع بسلطة تقديرية تحت سقف رقابة القضاء.

ومن الأمور التي تتقيد بها الإدارة التعهدات والشروط التي تلتزم بها مع المرخص له بألا يرخص لغيره، فهذا الإخلال «وإن كان لا يحول دون ما تمنحه من رخص» يرتب المسؤولية المدنية على الإدارة[1].

وعلى الإدارة أن تأخذ بعين الاعتبار طبيعة الاستئثار بالمال العام، وما إذا كان مستمراً أو متكرراً، وما إذا كان يقتصر على احتلال سطح العقار المعتبر من الأموال العامة، أم يمتد إلى جوفه، فيصبح الاختصاص به قرارياً[2].

---

[1] مجلس الدولة الفرنسي: 1898/4/25، قضية V.de siente Etienne، المجموعة ص723 و1912/6/14، المجموعة ص662 و 1921/9/16، قضية Sassey المجموعة، ص1062.

[2] د. جرانه: حق الدولة الأفراد على الأموال العامة، ص308.

وفي الحقيقة قد تتنوع أشكال وأضراب التعامل من المال العام والإحداثات التي تتم عليه من خلال الرخصة من ذلك أعمال الحفر أو البناء أو الهدم، أو مد الأنابيب والأسلاك والمجارير في باطن الأرض، أو عمل فتحات لمحطات البنزين.

وفي هذه الأحوال يكون للسلطة الإدارية حرية تقدير الاعتبارات التي تبرر منح الترخيص أو رفضه، وإن كان مجلس الدولة قد قضى بأن من واجب الإدارة أن تفحص كل حالة على حدتها لتقدير ما إذا كان من الملائم منح الترخيص أو رفضه، وعلى هذا فإذا رفض الترخيص يعتبر عملاً غير قانوني إذ بني على اعتبارات عامة[1] directives générals.

وتأخذ الإدارة عادة بعين الاعتبار ضرورات الأمن والصحة والسلامة العامة وعلاقات الجوار التي يجب إدخالها في الحسبان.

وعلى هذا فللإدارة أن تلغي الترخيص لاعتبارات تتعلق بالصحة العامة، أو الآداب العامة[2].

وإذا كانت الرخصة تنقضي بانتهاء مراحلها وطبيعتها فهي تنقضي أيضاً إذا طرأ على وجهة الانتفاع العام المخصص لها المال ما يجعلها متعارضة مع الاستعمال المرخص به[3].

---

[1] حكم مجلس الدولة الفرنسي في 1936/3/27.

[2] مجلس الدولة الفرنسي: حكمه الصادر في 1944/5/3.

[3] مجلس الدولة الفرنسي: حكمه الصادر في 1988/11/30، مجموعة ص282.

والإدارة ملزمة باحترام مدة الرخصة، ولا يمكن أن يذهب بها التقدير إلى عكس ذلك، اللهم إلا لضرورات الصحة العامة[1].

والأمر على خلافه بالنسبة للدوافع المالية الصرف، فالقضاء لم يكن يسمح للإدارة بإقالة الرخصة على أساس الدوافع أو المصالح المالية[2] وإن كان هذا الموقف خضع لتطور كما سنوضح.

وقد يقوم الترخيص على أساس شخصي وهو الأصل، وهكذا فلا يجوز للمرخص له أن يتنازل للغير عن الترخيص إلا إذا قام دليل على أن شخصية المرخص له لم تكن ملحوظة في منحه[3].

وأخيراً فالسلطة الإدارية تخضع في تقديرها إلى روح المجال، أي النشاط الذي تمارسه، وما إذا كان المقصود منه حماية اعتبارات الضبط، أم موقعها وصفتها كمالكة للمال العام، وتصرفها منوط بهذه الصفحة الأخيرة أي للمحافظة على المال العام.

والإدارة ولا شك تزن تصرفها بميزان الصالح العام والظروف الخاصة للرخصة، وبالتالي إذا ما عزمت على إقالة الرخصة، فالمفروض أن تكون هذه الظروف قد تغيرت وعليها أن تأخذ ذلك بعين الاعتبار عند التقدير[1].

---

[1] مجلس الدولة الفرنسي: 1878/11/29، قضية Deihaynin، المجموعة ص969.

[2] تطبيق هوريو على حكم مجلس الدولة الفرنسي: 1906/5/25، قضية Mini du commeree، سيري، 1908، القسم الثالث، ص65.

[3] د. جرانه: حق الدولة الأفراد على الأموال العامة، ص305.

ويرى الدكتور محمد فؤاد مهنا أن تقدير الإدارة في إقالة الترخيص والعكس يختلف تبعاً لما إذا كان الانتفاع المقرر على المال يتفق مع ما أعدله المال أم لا فهنا تتراوح الأداة القانونية بين العقد (الحال الأولى) والقرار الفردي[2].

التراخيص المتعلقة بشغل جزء من المال

خلال تضاعيف وثنايا أبحاثنا السابقة تكلمنا الشيء الكثير عن هذا الموضوع حيث ميزنا الشغل العام لجزء من المال العام من الشغل الخاص لجزء من المال العام، وبالنسبة للحال الأخيرة عرضنا للتطور التاريخي للأداة القانونية المتعلقة بذلك، وكيف أنها خضعت لتعاور القرار الإداري والعقد الإداري.

ومن جهة أخرى عرضنا لموضوع شغل المال العام بما يتفق مع ما خصص له هذا المال وبالعكس فقد أكدنا أنه في الحال الأخيرة لا تعدو أن تكون أعمال الإدارة في هذا المضمار، أعمالاً قائمة على التسامح.

ومع ذلك وحتى إذا كان شغل المال العام لا يتفق مع ما خصص له المال، قلنا أنه يجب التمييز بين الاستقرار العارض وبين التعامل مع المال العام تعاملاً يؤدي إلى خلق حال من الاستقرار والاتصال القائم به عن طريق الحفر والمد أو غير ذلك من الأمور المادية.

---

[1] د. الطماوي: مبادئ القانون الإداري، ص627.

[2] د. محمد فؤاد مهنا: القانون الإداري العربي في ظل النظام الاشتراكي الديموقراطي التعاوني، ص749 وما بعدها.

وفي هذا الصدد يرى الدكتور "أحمد محمود جمعة " أن حقوق الأفراد الذي يشغلون المال العام تختلف تبعاً لما إذا كان الانتفاع من هذا المال العام عادياً أم غير عادي.

ويكون الانتفاع عادياً «والرأي للدكتور جمعة» إذا كان متفقاً مع الغرض الأصلي الذي خصص المال من أجله، كما هو الشأن بالنسبة لأراضي الجبانات وأراضي الأسواق العامة، وما يخصص من شاطئ البحر لإقامة الكبائن والشاليهات[1]، بينما يكون الانتفاع غير عادي كالترخيص بشغل الطريق العام بالأدوات والمهمات والأكشاك.

ويؤكد "الدكتور جمعة" أن الشغل غير العادي يقوم على أعمال التسامح، ويكون الاختصاص بمنحه عادة لجهات الشرطة، حيث تتمتع هذه الجهة بسلطة تقديرية واسعة، ويكون لها إلغاء الترخيص في أي وقت حسبما تراه متفقاً مع المصلحة العامة[2].

لا ريب أن هذا الرأي سليم في خطوطه العريضة، وإن كان يفعل التمييز بين الحالات المختلفة للشغل الخاص للمال العام حتى فيما يتعارض مع ما خصص له هذا المال.

فقد يقيم الفرد مقهى كبير أو كازينو أو محطة بنزين، ويصرف الأموال الطائلة وهو ما أطلق عليه الفقه الفرنسي الاتصال الدائم permission de voirie، الأمر الذي حدا "الدكتور جبرانه" كما سبق توضيحه – إلى التحدث في مثل هذا الحال عن الحقوق العينية الإدارية.

---

[1] د. أحمد محمود جمعة: اختصاص القضاء الإداري بالمنازعات الادارية للأفراد و تطبيقاتها في العمل، منشأة المعارف الاسكندرية، ص225.

[2] المرجع السابق، ص225.

وفي نظرنا أن على الإدارة «وهي خصم شريف لا يبغى اللدد أو الكسب المادي» أن تحسب للأمور حسابها، وأن تلجأ في مثل هذه الأحوال إلى العقود الإدارية، لطالما أن النظام القانوني يسمح لها بذلك، حيث تحدد للمستفيد مدة زمنية معقولة تضفي على حياته حداً معقولاً من الاستقرار، والقول بغير ذلك يعني اتخاذ الصالح العام سيفاً مسلطاً على رقاب العباد يقض مضاجعهم، ويغرقهم بالوساوس والهواجس لا سيما أنهم يدفعون للإدارة مبالغ كأجور لأشغالهم، وهذه الأجور قد تكون مهمة وتتجاوز معنى الرسم.

لنفترض جدلاً أن الشاغل للمال العام أقام من أجل ذلك المعدات الهامة، قد فوجئ بعد فترة قصيرة جداً بالإدارة تنذره بالإخلاء، أليس ذلك يعتبر «كما سبق تحديده» إساءة لاستعمال الإدارة لحقوقها باختيارها زمناً غير ملائم وغير معقول لتصرفها.

أما بشأن الجهة الإدارية المختصة بمنح الرخصة فلسنا مع الدكتور جمعة بأن الشرطة هي المختصة بصورة مطلقة، وإن كنا نسلم معه من حيث الأصل العام بأن الاختصاص معقود لهذه الجهة، مع التمييز أيضاً بين ما إذا كان الشغل لغاية تتصل بالمرور، أم تتصل بأغراض سياحية (كما هي الحال بالنسبة لبعض الأكشاك، أم لبعض الفنادق والكازينوهات، كما هو الشأن بالنسبة لترخيص إقامة فندق في جبل المقطم ذلك الترخيص سبق الإشارة إليه، والذي أدى لأغراض سياحية إلى إلغاء عقود سابقة كانت مبرمة مع عدة أفراد تتعلق بهذا الأمر.

زد على ذلك فإذا كان هنالك اتصال قراري بالمال العام، فالجهة المختصة في مثل هذه الحال هي الجهة التي تمتلك المال العام وليس جهات الشرطة لأن الأمر يتعلق بالحفاظ على المال العام وصيانته، هذا فضلاً عن أن الإدارة تأخذ مقابل ذلك اجراً في حين أن الشرطة لا تستأدي أي مبلغ لقاء حفاظها على النظام العام.

الأكشاك الخشبية (الشاليهات)

تضمنت المادة/11/من لائحة المنشآت الخشبية (مصر) بأن الأكشاك التي تقام بغير تصريح من السلطة القائمة على أعمال التنظيم، يكون لهذه السلطة وقف إنشائها وإزالة ما تم فيها من أعمال بالطريق الإداري.

أما الأكشاك التي تقام بتصريح من السلطة المذكورة دون استيفاء الشروط القانونية، فيعاقب المسؤول عنها بالحبس لمدة لا تزيد على أسبوع أو بالغرامة، وتحدد المحكمة مهلة لا تزيد على شهر واحد لإجراء الأعمال التي تشترطها هذه اللائحة، وتأمر في الحكم في حال عدم القيام بها في الميعاد المحدد بإزالة الكشك بالطريق الإداري على نفقة المخالف.

وعلى ضوء ما تقدم فإذا كان الحائز للشاليه الخشبي لم يقم بتنفيذ الاشتراطات المنصوص عليها في اللائحة على نحو ما طلب منه بعدم نقل ملكية الشاليه إلى اسمه وتجديد الترخيص فالقرار الذي تصدره جهة الإدارة المختصة بإزالة الشاليه يكون مشوباً بعيب عدم الاختصاص الجسيم الذي يجعله معدوماً، ولا يرتب أي أثر، لأن هذا الإجراء تختص فيه المحكمة الجنائية المختصة وحدها، وتأمر به في حكمها إذا لم يلتزم بالمهلة التي تحددها له المحكمة لاستيفاء الشروط المطلوبة[1].

---

[1] د. أحمد محمود جمعة: اختصاص القضاء الإداري بالمنازعات الادارية للأفراد و تطبيقاتها في العمل، ص227.

تعقيب وتقويم

في نظرنا أن تشريع لائحة المنشآت الآنفة الذكر يتفق مع الأسس العلمية السليمة، بل وأبعد من ذلك يمكننا أن نستشف من هذا التشريع وسواه أن السياسية التشريعية في القطر العربي المصري تسير على نهج منسق وموحد ويصدر عنه رؤية واضحة للأمور تتفق مع مبادئ وأصول القانون الإداري.

وبيان ذلك أن الأصل تقييد الإدارة وعدم إطلاق يدها بالنسبة لأعمال التنفيذ الجبري (الإداري) إلا في أضيق الحدود، وفي حال الضرورة أو الخطر الداهم، وفيما عدا ذلك فالأصل اللجوء إلى القضاء باعتباره الضمان الطبيعي لحقوق الأفراد وحرياتهم، وفي الوقت نفسه فهو ضمان للإدارة ذاتها طالما أن القانون احتاط للأمر، وأعطى سمة الاستعجال للدعوى، بحيث أن هذا الاستعجال معين بأنه يستجيب لمقتضيات الحياة الإدارية.

هذا إذا كان هنالك ترخيص بالكشك، أما إذا لم يكن هنالك مثل هذا الترخيص عندئذ يتعذر البحث عن مظلة ضمان للفرد لأنه وضع نفسه في هذا الموقع من اللاشرعية والخروج الجسيم على الأسس التنظيمية للمجتمع.

التراخيص الإدارية المرتبطة بفكرة المرفق العام

وسمنا هذا الجزء من الكتاب بعنوان (التراخيص الإدارية المرتبطة بفكرة المرفق العام)، قاصدين من ذلك انطلاق هذه التراخيص من فكرة المرفق العام، خاضعة له، خادمة لأهدافه، مترسمة حدوده وغاياته، مستوحية لماهيته وطبيعته.

أجل كنا قد دللنا سابقاً بأن التنظيم الضابط ذا طبيعة وقائية رادعة ومانعة هذا فضلاً عن طبيعتها التوفيقية في حدود النشاط الفردي، توفيقاً وتنظيماً يمنع اعتداء الأفراد ويقيهم من افتئات الغير (درء المفاسد).

والأمر على خلافه بالنسبة للماهوية المرفقية (مبدأ هويتها الذاتية) القائم والمتعدد في إشباع الحاجات العامة (جلب المنافع).

هكذا تتحدد أهداف الجماعة البشرية القائمة على حد معقول من التنظيم ومنذ أن كانت هنالك جماعات بشرية منتظمة تتحدد الأهداف وعلى أساس درء المفاسد (الضبط) وجلب المنافع (المرفق العام).

وعلى هذا الأساس يجب أن تتحدد مشروعية كل قرار على أساس الغاية التي يستهدفها وبالتالي فإن خروج القرار عن غايته «كما سبق تحديده» يصمه بالبطلان.

بيد أن هنالك عدة ملاحظات يجب إبداءها في هذا الباب أولها أن الضبط الإداري قد يتغلغل في حياة المرفق دون أن يعني ذلك أنه يندفع بسمات المرفق العام طالما أنه يحقق مقاعد الضبط.

ذلك أنه إلى جانب النظام العام الذي قد يتهدد، فهنالك النظام الداخلي للمرافق العامة lordre interieur de services publics التي تحتاج هي إلى حماية الضبط كبوليس لإدارة المرفق العام.

ولقد أكد مفوض الدولة Teissier هذا الوجه المزدوج للضبط في تقريره قضية compagnie des Chemins de les économiques du Nord والذي جاء فيه: أن حق وزير الأشغال العامة بأن يفرض زيادات في الأسعار، كأمر لازم لا يمكن التنازل عنه، كما هو الشأن وعلى سبيل المثال، بالنسبة لحقه الضبطي الذي يمارسه لمصلحة الأمن العام[1].

ويتحدث الفقه الألماني عن سلطة ضبط داخل المرفق نفسه، وهذه السلطة تعتبر محكومة بنفس القواعد التي تخضع لها ولاية الضبط بوجه عام.

يقول فلاينز: إن لهيئات المرفق العان ولاية في الدفاع مباشرة عن المرفق، وهي تملك بوجه خاص السلطة اللازمة باستخدام قوة الإكراه – بمواجهة كل عقبة تعترض عمل المرفق وتنفيذ رسالته، وتسمى مجموع هذه الاختصاصات بوليس المرفق police du service[2].

هذه السلطة تملكها بقوة القانون هيئات المرفق العام، وليس من الضروري أن يزودها القانون بذلك، والمرافق العامة التي تملك وسائل إكراه خاص بها، تمارس مباشرة ولاية ضبط المرفق بالاستعانة بهذه الوسائل، ومن قبيل ذلك أن تلجأ السلطة العسكرية بإغلاق الأرض التي تجري فيها التدريبات، فإن لم يكن المرفق يملك بذاته وسائل الإكراه الكافية، فإن هيئات الدولة العادية، هي التي تملك تنفيذ أوامر هيئات المرفق كحماية البوليس لمنشآت الهاتف، كما أن سلطات الدولة

[1] د. عصفور: الضبط الإداري، ص311.

[2] المرجع السابق، ص312.

تستطيع أن تزود بوظائف البوليس الجهات التي تستغل السكك الحديدية سواء أكانت هذه الجهات عامة أم خاصة[1].

ووفقاً لقضاء مشترك ومجلس الدولة ومحكمة النقض تستطيع السلطات الإدارية بمقتضى سلطتها الضبطية أن تنظم طريقة استغلال المرافق العامة بطريق الريجي، حيث يهم هذا الاستغلال النظام العام[2].

ومن حق العميد على سبيل المثال أن يصدر أي تدبير تنظيمي يتطلبه الأمن أو الصحة أو السكينة العامة بالنسبة لسلخانات البلدية من حيث قواعد فتحها، وتحديد أيام وساعات العمل، وهكذا يتقيد التدبير التعقيدي الضبطي في الحياة الداخلية لهذه المرافق، إما بتنظيم التصرفات المتعلقة بالمنتفعين بها، وإما بالتحديد المباشر للأوضاع التي يجب على الإدارة أن تنظم بها استغلالها.

ولا يقتصر الضبط الإداري على التغلغل في مجال المرفق العام، بل يمتد هذا التأثير إلى إنشاء المرفق ووفقاً لقضاء مستمر، فإن إنشاء مرفق النقل المشترك اعتبر من الوجهة القانونية خاضعاً لترخيص سابق من جانب سلطة الضبط، وهكذا فإن عمدة اكس ليبان أخضع لترخيص منه إنشاء أو عمل مشروع للنقل المشترك على الطريق العام للقرية[3].

---

[1] المرجع السابق، ص312.

[2] مجلس الدولة الفرنسي: 1900/6/1، قضية Serpillon، داللوز 1900، القسم الثالث، ص80 ونقض جنائي 1882/7/29، 1882، داللوز 1983، القسم الأول، ص367.

[3] مجلس الدولة الفرنسي: 1933/1/13، قضية Mironneau، داللوز 1933، القسم الثالث، ص8.

وجاء في حكم آخر لمجلس الدولة الفرنسي فيما يلي: من حيث أنه بالنسبة لأي مشروع للنقل المشترك فإن العمدة يملك أن يغلق ذلك على شرط الحصول على ترخيص استغلال مرفق بعمل داخل ناحية مأهولة بالسكان[1] .

ثم إن مجلس الدولة الفرنسي من ناحيته، قضى باعتبار عملية تفريغ شحن السفن في الموانئ عنصراً من عناصر المرفق العام وبالتالي فالسلطة الإدارية تملك لهذا السبب إخضاع المرخص له فيها لكل ما يفرضه قانون المرافق العامة من واجبات والتزامات وتطبيقاً لذلك فقد اعتبر المرخص له بإدارة محطة إذاعة لاسلكية اعتبر قائماً باستغلال مرفق عام، وقد أخضع لهذا السبب لقانون المرافق العامة وهذا ما حمل بعض الفقه الفرنسي إلى تصور وجود مرافق عامة لا تنشئها الدولة، وإنما ترخص بها الإدارة، وتعرف بالمرافق العامة الفعلية Vituel أو الحكمية[2] .

وحقيقة الأمر أن الأصل في الأشياء كون الأنشطة الخاصة لا تستهدف إشباع الحاجات العامة بصورة مباشرة وإن كان هذا الإشباع يتم عرضاً، وفي هذه الحال تخضع الجهة الخاصة لقيود استثنائية لا يخضع لها الأفراد كالتزامها بتقديم خدماتها إلى المواطنين على قدم المساواة وعلى وجه منتظم، وخضوع العاملين بها للقواعد التي تمنع الإضراب[3] .

---

[1] مجلس الدولة الفرنسي: قضية Sociee de autobus antibois، المجموعة، ص117 .

[2] د . طعمية الجرف: القانون الإداري- دراسة مقارنة في تنظيم ونشاط الإدارة العامة، القاهرة، دار النهضة العربية، 1978، ص543.

[3] د . عبد الفتاح حسن: مبادئ القانون الإداري، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة 1980، ص477.

ويمكن القول أن هنالك قرينة على اتجاه نية السلطة العامة إلى اعتبار نشاط الجهة الخاصة الذي يبتغي إشباع حاجة عامة اعتباره مرفقاً عاماً مع خضوعه في تنظيمه وتشغيله لنظام قانوني استثنائي علماً أن هذا النظام الاستثنائي نفسه يخضع إلى درجات وبالتالي فليس له نموذج ثابت وموحد، كما أن الجهة الخاصة لا تخضع له في كافة جوانبها، وإن منحها بعض امتيازات السلطة العامة لا يعني استعمال هذه الامتيازات حتماً فهي حرة بأن تطرحها إذا رأت مصلحتها في ذلك.

وتطبيقاً لذلك، فقد يعتبر نشاطاً تقوم به جهة خاصة مرفقاً عاماً دون أن يصدر قانون أو لائحة تسبغ عليه هذا الوصف صراحة، وهو ما يظهر عندما تحتاج مباشرته إلى ترخيص أو عقد، فتقرن جهة الإدارة منح الترخيص بشروط تراها ضرورية لحسن سير النشاط وانتظامه، وهكذا يتحول الترخيص إلى دفتر شروط، ويسمى المرفق في هذه الحال مرفقاً حكمياً أو فعلياً Virtuel، ويخضع للنظام القانوني للمرافق العامة، فيكون للإدارة أن تلغي الترخيص عند مخالفة شروطه، ويخضع النشاط لكافة الواجبات التي يقتضيها حسن سير المرافق العامة، ولو لم يرد ذلك بنص في الترخيص[1].

ومن أمثلة ذلك أيضاً أن تنشئ وزارة السياحة والطيران المدني فندقاً في مطار القاهرة ثم تؤجره إلى إحدى الشركات، وتضمن عقد الإيجار شروطاً تؤمن بها جودة الخدمة واستمرارها، وحسن معاملته النزلاء واعتدال الأسعار عندئذ يمكن القول أن نشاط الفندق مرفق عام[2].

---

[1] د. عبد الفتاح حسن: مبادئ القانون الإداري، ص477.

[2] المرجع السابق، ص478.

كذلك إذا منحت الإدارة رخصة بتسيير سيارة عامة وقرنت ذلك بضرورة تشغيلها على خط واحد دون غيره، ثم القيام من محطة الانطلاق في أوقات محددة (كل ساعة)، والوقوف في نقاط معينة ذهاباً وإياباً، وحقها في الكشف على السيارة في مواعيد دورية (كل سنة)، وقيامها باختيار السائق واختباره وفحصه طبياً للاطمئنان على لياقته الفنية والصحية ففي ظل هذه الشروط التي تقترن برخصة تسيير السياحة يمكن القول أن نشاطها ليس نشاطاً خاصاً بل نشاطاً مرفقياً[1].

وقد تقترن الاحتكارات الفعلية التي تقررها الإدارة لبعض ملتزمي المرافق العامة (ملتزمي توريد الغاز أو الكهرباء) تقترن بمنح المتعاقد بعض امتيازات السلطة العامة من ذلك أن تلتزم الإدارة بالامتناع عن إعطاء تراخيص لشغل الدومين العام للشركات والأفراد والمنافسين للملتزم[2].

بيد أنه يجب التدليل بأن إنشاء المرفق العام يقود إلى وضع قيود على الحريات العامة الفردية (قيود على النشاط الفردي)، ولهذا فإن إنشاء مرفق على طريق تدبير ضبطي من المسائل الخلافية في الفقه الإداري[3].

بيد أن المهم في الموضوع هو طبيعة الترخيص، وما إذا كان يمثل في جميع الأحوال تدبيراً ضابطاً.

وإذا كان الشك لا يثور بأننا حيال سلطة ضبط في حال الترخيص بتسيير سيارات النقل المشترك التابعة للمشروعات الخاصة، بسبب تضمين هذه الرخص شروطاً متعلقة بأمن الركاب وسلامتهم.

---

[1] د. عبد الفتاح حسن: مبادئ القانون الإداري، ص487.

[2] د. ثروت بدوي: النظرية العامة في العقود الإدارية، ص98.

[3] د. عصفور: الضبط الإداري، ص324.

إذا كـان الأمـر كذلك، فالشـك يثـور حـول تكييـف موقـف الإدارة مـن بعـض المشـروعات الخاصـة الـتي تسـتغل المـال العـام عـن طريـق الترخيـص، ومـا إذا كـان الترخيص يعبر عن ولاية الإدارة الضابطة، أم يعبر عن ولاية المرفق العام.

لقد وضع الفقه معياراً لذلك وأساسه أن الإيجابية هو من الإمارات المميزة للمرفق العـام خلافـاً للضـبط في التنظـيم الوقـائي وإن جـاز للضـبط أن يفـرض بعـض التكاليف كما هو الحال بالنسبة للاشتراطات الصحية.

وهكـذا فقـد ذهـب Guttenbach إلى أننـا إذا اسـتظهرنا في شـروط الترخـيص مظاهر إيجابية، فهذا يدل علـى نيـة السـلطة العامـة في رفـع النشـاط الخـاص إلى مسـتوى المرفـق العـام، وبالمقابـل إذا كانـت الالتزامـات المفروضـة هيئـة رقيقـة كـان الترخيص مظهراً لتدخل السـلطة الضـابطة، وجـاز لهـا سـحبه أو إلغـاؤه لاعتبـارات ضبطية تقررها[1].

وقد تنشئ الإدارة احتكاراً فعلياً لمصلحة مرفق مستندة إلى تدبير ضبطي.

وحقيقة الأمر أن هذا الاحتكار يمكن أن ينشأ بفعل القـانون (الاحتكـار القـانوني) أما الاحتكار الفعلي فيظهر في الحالات الآتية:

---

[1] مجلس الدولة الفرنسي: 1932/10/28، قضية:

société des Chemins de fert et tramways du varet du gard.

داللوز 1932، ص532، وحكمه في 1935/1/29، société des autobus Antibois، المجموعة، ص91.

- قيام ظروف مادية معينة مثل وجود تجهيزات معينة لمرفق تستبعد إمكان عمل مرفق آخر.
- وجود عقد يلزم الإدارة ألا تعطي تراخيص لمشروعات مماثلة.
- رفض سلطات الضبط إعطاء تراخيص جديدة بقصد تجنب إنشاء مرفق منافسة.

ويسلم قضاء مجلس الدولة الفرنسي بأن السلطة الإدارية تستطيع عن طريق ممارسة تراخيص الضبط «في الإطارات الإقليمية لاختصاصها» أن تكون احتكاراً فعلياً لمصلحة مرفق بلدي للنقل المشترك، إما بقصد حماية أمن وسهولة المواصلات، وإما بقصد علاج صعوبات المرفق المالية الذي يؤدي قصوره إلى أن يهدد بالخطر السكينة العامة والأمن العام[1].

ولقد تأيد هذا الاتجاه في حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر 1932/1/29 والذي جاء فيه: من حيث أنه فيما يتعلق بمشروعات النقل المشترك التي تصل بين عدة فروع إذا كان العمدة يملك أن يحظر عليها أن تمارس أية عمليات نقل مسافرين داخل ناحية ما على نحو يمنع منافسة هذه المشروعات لشركة صاحبه التزام بالنقل المشترك في هذه الناحية، ومن حيث أنه يملك قانوناً أن ينظم في القرية على أحسن وجه للمصلحة العامة شروط مرور عربات النقل المشترك بما يكفل الخدمة بين القرى.

---

[1] حكمه الصادر في 1932/10/28، قضية:

société des Chemins de fer et tramways du nar et du gard.

داللوز 1932، ص592.

وهكذا فإن إقامة الاحتكار الفعلي يتساوى مع نوع من الإعانة غير المباشرة يسدى للخدمة المشتركة للنقل باستعمال سلطات العمدة الضبطية[1] .

ولكن هل يمكن تبرير القول بأن الترخيص الإداري ينشئ المرفق الفعلي ألا يتعارض ذلك مع حرية النشاط الفردي ويخل بقاعدة المساواة؟.

وحقيقة الأمر أن هنالك خلافاً شديداً في الفقه حول تقدير ما إذا كان هنالك حاجة عامة يقتضى إشباعها، ثم تحديد الجهة المنوط بها هذا التحديد، وما إذا كانت هي الهيئة التشريعية أم الإدارة[2]؟.

فأنصار مبدأ اختصاص الهيئة التشريعية بإنشاء المرافق العامة لأن هذه المرافق ستزود بوسائل القانون العام، وهذا الأمر ينطوي على قدر كبير من المساس بحقوق الأفراد وحرياتهم، فلا بد إذن من إحالة هذا الإنشاء بشيء من الضمانات.

لهذا كان الرأي المتفق عليه في فرنسا قبل صدور دستور 1958 إن إنشاء المرفق العام لا يكون إلا بقانون أو بناء على قانون[3] .

وهكذا فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بأنه من الواجب أن يفصح المشرع صراحة عن إرادته في إنشاء المرفق العام، ولا يكفي في هذا الشأن مجرد اعتماد الميزانية المتضمنة المبالغ اللازمة لإنشاء المرافق[4] .

---

[1] د. عصفور: الضبط الإداري، ص327.

[2] د. محمود حلمي: نشاط الإدارة، القاهرة، دار الفكر العربي، 1968، ص72.

[3] المرجع السابق 1968، ص72.

[4] 1953/11/13، قضية chamber syndicate du commerce des ùrmes، مع تعليق Render.

على أن هذا المبدأ قد عدل بمقتضى دستور سنة 1958 إذ ترك هذا الدستور الاختصاص بإنشاء المرافق العامة للسلطة التنفيذية.

أما في مصر فلم تتحدث الدساتير المتعاقبة على إنشاء المرافق العامة بل تكلمت عن الترتيب وجعلته من اختصاص السلطة التنفيذية، مما أثار النقاش في ظل دستور 1923 حول صاحب الاختصاص بإنشاء المرافق العامة، وإن كان الأمر قد حسم بصدور عدة قوانين تنظيم الهيئات والمؤسسات العامة وأناطت برئيس الجمهورية إلغاءها وإنشاءها.

ويرى الدكتور "محمود حلمي " أن إذا كان من حق السلطة التنفيذية إنشاء المرفق العام، فهذا الأمر يجب ألا يقود إلى خلق حالة احتكار سلعة معينة من قبل المؤسسة العامة، إلا بقانون أو بناء على قانون[1].

لهذا السبب، فقد انتقد الفقه الفرنسي الرجعي بعنف قضاء مجلس الدولة بالنسبة للمرفق العام الفعليle service public virtuel، متباكياً على الحريات العامة، وكانت حجته في ذلك أن إخضاع النشاط الفردي (المعتبر مرفقاً عاماً واقعياً) للقوانين الضابطة لسير المرافق العامة يقود إلى تحكم القضاء في تحديد الحالات التي يوجد بها مرفق عام إضافة إلى خطورة هذه النظرية على الحزانة العامة لما قرره القضاء الفرنسي من مسؤولية الإدارة عن مزاولة الأفراد لنشاطهم الذي من قبيل المرافق العامة الواقعية.

---

[1] د. محمود حلمي: نشاط الإدارة، ص73.

ويرى الأستاذ محمد حامد جمل أن هذا الفقه بمجمله سياسي، ولا يتسم بالسمة القانونية المنطقية، وبالتالي فإن سيطرة الفكر الرأسمالي الفردي على الفقه والقضاء الفرنسيين، هي التي أنشأت نظرية المرفق العام بالطبيعة لتقف في وجه المرفق العام بالمعنى الموضوعي أو المادي، والمرفق العام الواقعي[1].

وفضلاً عن ذلك يعرف الأستاذ الجمل المرفق العام الفعلي بقوله: أنه نشاط فردي يتميز باستهدافه أداء خدمة عامة، ولا تجوز ممارسته إلا بناء على ترخيص سابق من الإدارة، أو لأنه يتم على مال عام، أو لأي سبب آخر[2].

وهكذا يكون الأستاذ الجمل قد أخذ بالركن الموضوعي أو المادي دون العفوي أو النظام القانوني في تحديد هذا المرفق، مضيفاً غموضاً جديداً إلى هذا المفهوم القانوني[3].

وندلل استطراداً أن هذا النوع من المرافق يوصف بالواقعية رغم أن لنشاطه وجوداً قانونياً يتنافى مع وصفه بالواقعية وكان سبب التمييز بينه وبين المرفق العام بالطبيعة (أي الذي تتفق طبيعته مع الوظيفة الطبيعية للدولة)[4].

بقي علينا أن نتكلم عن مظهر آخر من مظاهر الرخصة المتعلقة بالمرفق الإداري وبمعنى أدق التي تعمل في إطاره ومحيطه.

---

[1] د. محمد حامد الجمل: الموظف العام فقهاً وقضاء، القاهرة، ط2، 1969، ص29.

[2] المرجع السابق، ص208.

[3] للتزويد حول صعوبة تحديد المرفق العام وأزمته كمعيار للقانون الإداري.

د. ثروت بدوي: مبادئ القانون الإداري، القاهرة، دار النهضة العربية، 1966، ص121 وما بعدها.

[4] د. محمد حامد الجمل: الموظف العام فقهاً وقضاء، ص275 و275.

وبالطبع فنحن نقصد هنا بالمرفق العام «ورغم الخلاف الشديد حول تحديد ماهية المرفق» المعنى العضوي والموضوعي (المادي)، المنظمة والنشاط معاً أي أن جهاز المرفق وإدارته ليس في يد الأفراد العاديين (المرفق الفعلي)، وإنما في يد الإدارة التي أنشأته[1].

ولكن كيف يمكن الحديث عن مرفق عام من خلق وإنشاء الدولة ثم نتكلم في الآن نفسه عن وجود رخصة، وحقيقة الأمر أن المرفق العام قد يكون تحت هيمنة الإدارة نشاطاً وجهازاً، ولكن ذلك لا يمنع من اضطلاع الأفراد العاديين بنشاط مرفقي ليس بالنشط الأساسي المحدد للمرفق وإنما بنشاط تابع متمم ومكمل للنشاط الأساسي[2].

فقد تجد الإدارة المرفقية ضرورة تقديم خدمات خاصة للموظفين أثناء العمل كالطعام أو المرطبات أو القهوة، وغير ذلك مما يغدو ضرورياً للموظفين وفاعلاً في دولاب العمل، فتسمح بالترخيص للأفراد القيام بذلك كما هو الشأن مثلاً بالنسبة للترخيص في فتح بوفيه في مبنى حكومي أو في محطة سكة الحديد كما سبق الإشارة إليه.

وفي نظرنا أن هذا النوع من الترخيص لا يختلف عن التراخيص التي تعمل في دائرة الأفراد، وإن كانت هذه التراخيص محكومة بغايات وأهداف المرفق وآليته وقواعده وأهدافه وبالذات تأمين الحاجة العامة التي يضطلع بها المرفق.

وأخيراً فقد يظهر الترخيص في إطار عقد التزام المرافق العامة.

---

[1] د. حلمي: نشاط الإدارة، ص46.

[2] د. محمد حامد الجمل: الموظف العام فقهاً وقضاء، ص1054.

وهذا الالتزام « كما هو معروف فقهاً وقضاء» هو تصرف قانوني بمقتضاه تعهد جهة عامة.

إلى جهة خاصة بتنظيم وتشغيل مرفق عام لمدة محددة على أن تقدم (أي الجهة الخاصة) الأموال اللازمة للمرفق وتشغيله وعلى أن تسترد ما أنفقته وتحصل على ربحها من المقابل الذي يدفعه المنتفعون بنشاط المرفق.

وبهذا المعنى فالإشباع العام للحاجة الذي يضطلع به الملتزم هو استثناء ورد على الأصل، وكان على الدولة نفسها أن تقوم بذلك، وبالتالي فهذا الاستثناء لا يسلخ الإدارة نهائياً عن مسؤوليتها تجاه هذا النشاط، وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في مصر بقولها : من القواعد المسلمة في القانون الإداري أن الدولة هي المكلفة أصلاً بإدارة المرافق العامة، فإذا ما عهدت إلى غيرها بأمر القيام بذلك لم يخرج المتعاقد مع الدولة في إدارته عن أن يكون معاوناً لها ونائباً عنها في أمر هو من أخص وظيفتها وخصائصها[1] .

وهذا الحضور للدولة الكثيف في حياة في حياة هذا النوع من المرافق يتجلى في ثقل وتعقيد الالتزامات المتبادلة بين الإدارة والملتزم، كما يتضح من النظام القانوني ذي الطبيعة اللائحية للالتزام/كما يتجلى في التسهيلات التي تقدمها الإدارة للملتزم، كيما يتمكن من إنجاز المهام الثقيلة الملقاة على عاتقه.

وتظهر هذه التسهيلات في حاجة الملتزم إلى تراخيص لشغل الأموال العامة (في التزام النقل بالسيارات «الترخيص بإقامة محطات للوقوف على الأرصفة» في امتياز النقل النهري إقامة المراسي على الشاطئين).

---

[1] حكمها الصادر في 1963/12/28.

وقد ينص على منح هذه التراخيص في وثيقة الالتزام وإذا لم يشر إليها وجب منحها للملتزم بصورة مستقلة وعندئذ يرتبط وجودها بوجود الالتزام فتسقط بانتهائه، إذ تفقد عندئذ سبب منحها وتعتبر الدولة مخلة بالتزامها، وبواجب حسن النية إذا هي رفضت منح هذه التراخيص أو لغتها دون مبرر، لأنها ضرورية للملتزم حتى يتمكن من تشغيل المرفق الذي اؤتمن عليه، وذلك كله مالم تقتضي رفض الترخيص أو إلغاؤه اعتبارات ترجع إلى الأمن أو الصحة أو السكينة العامة[1].

ومن المعلوم أن الفقه الإداري يتقاسمه اتجاهان الأول يغلب معيار الشروط المرتبطة بمبادئ القانون العام (الشروط الاستثنائية والشروط غير المألوفة)، والاتجاه الثاني يغلب معيار المرفق العام ويعتبر هذا المرفق العلة في اللجوء إلى الشروط الاستثنائية[2].

وإذا كان المقام لا يتسع هنا لعرض وجهة نظر الاتجاهين إلا أننا نعرض لأحد أحكام القضاء الإداري في مصر الذي أخذ بمعيار المرفق العام المقترن أيضاً بأسلوب القانون العام، وذلك يعقد استغلال قطعة أرض بمصيف رأس البر بقصد الاستمتاع والانتفاع بشاطئ البحر لإقامة (عشة) وفي ذلك تقول محكمة القضاء الإداري، والذي يبين من الاطلاع على العقد المبرم بيمن السيد مدير عام مصلحة السياحة والمدعى عليه والمحرر في أول مايو سنة 1995، أنه وإن وصف بأنه عقد اتفاق على إيجار قطعة أرض، إلا أنه في حقيقته وجوهره عقد استغلال جزء من

---

[1] د. عبد الفتاح حسن: مبادئ القانون الإداري، ص500.

[2] انظر التميز بين هذين النوعين من الشروط، د. ثروت بدوي: النظرية العامة في العقود الإدارية، ص98 وما بعدها.

مرفق الاصطياف برأس البر لغرض الاستمتاع والانتفاع بشاطئ البحر، وفيه يلتزم المدعى عليه طبقاً لشروطه بإقامة السكن على الأرض المؤجرة إليه وفقاً للنماذج التي تعدها مصلحة السياحة، وفي حالة المخالفة يلغى العقد وتصادر التأمينات بكافة أنواعها، وعليه أن يقيم العشة قبل آخر يونيو، وفي حالة عدم إقامتها يكون لمصلحة السياحة أن تؤجرها لمن تشاء بدون أي معارضة ولا حاجة إلى تنبيه أو إنذار رسمي، كما نص في العقد على أنه على المستأجر إزالة جميع المباني التي ينشئها إذا طلبت منه مصلحة السياحة في أي وقت، على أن تخطره بالإزالة بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول لتنفيذ ذلك في خلال أسبوع من تاريخ إخطاره، وإذا لم يقم بإزالة هذه المباني بعد انتهاء المدة الممنوحة له فيكون لمصلحة السياحة الحق في إزالتها بمصاريف على حسابه دون معارضة أو الرجوع عليها بأي تعويض، كما أن الإدارة اشترطت أيضاً أنه إذا رأت لسبب ما ضرورة إلغاء المصيف أثناء مدة العقد فلا يكون للمستأجر أي حق في طلب رد الإيجار الذي دفعه ولا في تعويض بسبب العقد، واحتفظت الإدارة لنفسها بالحق في فسخ العقد بدون حاجة إلى تنبيه أو إنذار إذا خالف المستأجر أي شرط من شروط العقد، وهذه كلها شروط غير مألوفة في العقود الخاصة المماثلة، وعلى مقتضى ما تقدم يكون العقد سالف الذكر قد اتسم بالطابع المميز للعقود الإدارية من حيث اتصاله بمرفق عام وأخذه بأسلوب القانون العام فيما تضمنه من شروط استثنائية[1].

هذا ولا بد من التدليل بأن القانون الإداري في معظم مظاهره وليد القضاء الإداري لذلك كنا حريصين في هذا الكتاب على تكثيف حضور الأقضية الإدارية لأن هذا التكثيف يبلور تخلفات ظاهرة الرخصة وامتداد عروقها في جسد القانون الإداري وعلى هذا فإننا نعرض « كمظهر للترخيص بالعقد» حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في 1956/3/11 والذي تقول فيه:

---

[1] محكمة القضاء الإداري في 10 مارس سنة 1957، والمجموعة 11، ص254، رقم 172.

إذا كان الثابت أن المدعى يطلب إلغاء العقد المبرم بين مصلحة الطيران المدني وإحدى الشركات لاستغلال مطعم واستراحة ركاب الترانزيت بالمطار بطريق الممارسة، وكان الثابت أنه يهدف بعموم طلباته إلى إلغاء القرار الإداري الصادر بإجراء الممارسة لاستغلال المطعم والاستراحة وبذلك المطار وما ترتب عليه من آثار، فإن الدعوى تكون داخلة في اختصاص هذه المحكمة، ذلك أن عقد الترخيص باستغلال مرفق من مرافق الدولة هو على ما ذهب إليه الفقه الإداري من العقود الإدارية ذات الطابع الخاص، إذ أنها تتعلق بنشاط السلطة العامة في إدارة هذا المرفق، وما من شك أن الترخيص في هذه الحالة يتضمن شروطاً لائحية، وهو بهذه المثابة يدخل في نطاق العقود الإدارية، وقد راعت المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة هذا النظر وأشباهه عندما ذهبت على اختصاص هذه المحكمة النزاعات الخاصة بأي عقد إداري[1].

هذا وتظهر الرخصة الإدارية في مجال المرفق العام بصورة مباشرة وذلك بسبب اتصالها بالمال العام المخصص للمرفق العام.

ومما لا ريب فيه أن اتصال المال العام بالمرفق العام وعائديته له يجعله محكوماً بمقتضيات المرفق مهيمناً عليه بمبادئه الأساسية الضابطة له، ومن ذلك سيره بإطراد وانتظام ومساواة الأفراد أمامه، ثم انفعاله بفكرة التطوير.

والأصل أن استعمال المال المخصص لمرفق عام، يكون لهذا المرفق وحده، وقد يكون المرفق مالكاً له (مبنى مملوك لهيئة عامة تستعمله كمقر لها)، وقد يكون مملوكاً لغيره، ولكنه موضوع تحت تصرفه (مبنى مملوك للدولة تقدمه لهيئة عامة لاستعماله إلى أن تنشئ مقراً لها بمالها).

---

[1] مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري، السنة العاشرة، حكم رقم 251، ص239.

أما تطرق الجمهور لهذا المال فيتخذ صوراً مختلفة:

1. فقد يكون من المحظور على الجمهور التطرق إليه كلياً، بل قد يعتبر ذلك جريمة جنائية، مثال ذلك القواعد والثكنات العسكرية يكون ارتياد المال في هذه الحال للعاملين بالمرفق العام دون غيرهم.

2. وقد يسمح له بارتياده وفقاً للضوابط التي يضعها المرفق لمبنى مخصص لإحدى الوزارات يجوز للجمهور دخوله لإنجاز معاملاته على أن يكون لها أن تحدد لذلك أياماً أو ساعات معينة، أو أن تتطلب الحصول على ترخيص بالدخول، بل لها أن تحظر دخول الجمهور أو أن تحظر ذلك على فرد معين إذا كان دخوله يخل بحسن سير العمل.

3. وقد يكون من حق الجمهور ارتياد المال، إلا للاستفادة به مباشرة، ولكن للاستفادة من الخدمة التي يقدمها المرفق الذي رصد له، إذ من حق الجمهور عندئذ الاستفادة بالمال بالقدر اللازم للاستفادة من الخدمة استعمال الجمهور مباني المطارات أو محطات السكك الحديدية وكذلك الطائرات وعربات السكك الحديدية.

الرخصة الإدارية في مجال نصب
أجهزة النضح على المياه العامة

وهذا هو موضوع التنظيم الذي قام به القانون رقم 165 الصادر في 1958/9/27، فقد تضمنت المادة الأولى من هذا القانون ضرورة إخضاع استعمال المياه العامة والسطحية (الجوفية) في المشاريع الزراعية بواسطة أجهزة النضح إلى رخصة.

أما المادة الثالثة من هذا القانون فقد عقدت لوزارة الأشغال العامة أمر الاختصاص بمنح هذا الرخص.

السؤال المطروح هو: هل أن هذه الإناطة بوزارة الأشغال أمر يتفق مع الأصول القانونية؟؟.

لقد سبق التدليل والتأكيد بأن نشاط الإدارة لا يعدو أن يدور في فلكين: درء المفاسد وجلب المنافع، أو بمعنى أوضح الوظيفة الضابطة، ثم الوظيفة المرفقية.

والوظيفة الضابطة واضحة المعالم، وتتحدد في تنظيم العلاقة بين الأفراد ومنع اعتداء بعضهم على بعض: أما الوظيفة المرفقية فتتحدد في تقديم خدمات للمواطنين.

وبالنسبة للموضوع المطروح أمامنا، وهو الترخيص باستعمال المياه العامة، فهو أمر أقرب ما يكون إلى النشاط المرفقي، وأبعد ما يكون عن النشاط الضابط.

وبيان ذلك أن المشرع يفترض «وهو على حق» أن شبكة المياه العامة السطحية أو الجوفية هي من الأموال العامة، والدولة هي من باب أولى القوامة على ذلك، وهو أمر ألصق ما يكون بالنشاط المرفقي لأنه لا يتيح للدولة توزيع المياه على الأفراد على أسس موضوعية وعامة ومجردة لا سيما أن المياه شريان حياتي لا يمكن أن يترك عبثاً دون تنظيم.

والفكرة المفتاح في ذلك أن الرخصة الممنوحة بهذا الخصوص محكومة بروح المرفق وماهيته وطبيعته، وغير ذلك من الأمور.

ولا أدل على ذلك أن المادة 8 من القانون نظمت الإلغاء وذكرت في الفقرة الأولى أنه يجوز إلغاء الرخصة لدواعي الصالح العام.

وما هو أمر يدلي أن فكرة الصالح العام تظهر في مجال النشاط المرفقي، وليس في المجال الضبطي، وبالمقابل فالنشاط الضبطي تظهر منه بصورة بارزة فكرة الضرورة أو الخطر الداهم وغير ذلك.

وإذا كانت الفقرة التاسعة قررت منح تعويض لصاحب الرخصة التي تسحب منه تحقيقاً للمصلحة العامة فإن الفقرات الثلاث الأخيرة نظمت سحب الرخص في الحالات الآتية:

1. مخالفة صاحب الرخصة الشروط المدونة فيها أكثر من مرتين، أو إذا امتنع عن إزالة أية مخالفة خلال مدة أقصاها شهران من تاريخ إنذاره.

2. إذا حوّل المياه المرخص باستعمالها إلى غير الغاية الزراعية.

3. إذا ثبت قضائياً بأن الرخصة تلحق ضرراً بالغاً بالغير.

وهذا ما يتضح أن الفقرة الثالثة أحست بالأهمية البالغة لسحب الرخصة حيث وضعت شروط مشددة لذلك، ولكن هل أن الفقرتين 2 و 3 سارت على المنوال نفسه، أم إنها أطلقت يد الإدارة؟

نعتقد أن التحكم والإطلاق واضحين، والخروج لصالح الفريق الإداري الجبري أمر يتعارض مع دولة القانون ومع الضمانات القانونية، وهو طريق لا يجوز سلوكه من قبل الإدارة إلا في حالات الضرورة والخطر الداهم.

الترخيص بتوزيع المواد التموينية

يرى الدكتور "أحمد محمود جمعة " أن الترخيص بتوزيع المواد التموينية على الأهالي هو بطبيعته تصرف إداري يتم بالقرار الصادر بمنحه، وهو تصرف مؤقت بحكم كونه لا يرتب حقاً نهائياً كحق الملكية، بل يخول المرخص له مجرد مزية وقتية يرتبط حقه في التمتع بها وجوداً وعدماً بأوضاع وظروف وشروط وقيود يترتب على تغيرها أو انقضائها أو الإخلال بها أو مخالفتها جواز تعديل أوصاف هذه المزية أن سقوط الحق فيها بتخلف شروط الصلاحية للاستمرار في الانتفاع بها أو زوال سبب منحها أو انقضاء الأجل المحدد لها أو تتطلب المصلحة العامة إنهاءها، وهو بهذا يفترق عن القرار الإداري الذي يكتسب ولو خاطئاً حصانة تعمه من السحب أو الإلغاء متى صار نهائياً بمضي وقت معلوم، واستقر له مركز قانوني أصبح غير جائز الرجوع فيه أو المساس به[1] .

وفضلاً عن ذلك فقد أتيح للقضاء الإداري في مصر أن يدلي بدلوه في الموضوع في حكم مطول للمحكمة الإدارية العليا، تقول هذه المحكمة: ((إذا كانت الفقرة الأخيرة من المادة الثالثة من المرسوم بقانون رقم 95 لسنة 1945 الخاص بشؤون التموين قد أجازت لوزير التموين أن يأمر إلى حين صدور حكم من القضاء الجنائي بوقف التاجر المخالف عن مزاولة تجارة لسلعة أو السلع موضوع الجريمة التموينية، ومنع الصانع المخالف من استخدامها في صناعته وكان مقتضى هذا استلزام ارتكاب التاجر أو الصانع لإحدى الجرائم التي يعينها وزير التموين بقرار يصدره بموافقة لجنة التموين العليا على نحو ما ورد بالفقرة الأولى من هذه المادة وأن يكون قد قدم بسببها إلى المحكمة الجنائية إذا كانت المخالفة قد ارتكبت بالنسبة إلى سلعة

---

[1] د. أحمد محمود جمعة: اختصاص القضاء الإداري بالمنازعات الادارية للأفراد و تطبيقاتها في العمل، ص227.

من السلع الواردة في الجدول رقم/1/المرافق لقرار وزير التموين رقم 65 لعام 1954 في شأن المنع من الاتجار في بعض السلع واستخدامها في الصناعة والمعاقب عليها بإحدى العقوبات المبينة في الجدول رقم/2/الملحق بهذا القرار، إلا أن مجال تطبيق هذا الحكم بشروطه وقيوده وآثاره هو أن تكون ثمة جريمة من الجرائم التموينية المخصصة من نوع ما سلفت الإشارة إليه مقررة لها عقوبة جنائية قد ارتكبت من التاجر والصانع، فلا يجازى بالحرمان التام إلا إذا ثبتت إدانته بسببها نهائياً بحكم من القضاء، وما دام الأمر لا يزال مطروحاً على القضاء ليقول كلمته بالبراءة أو الإدانة، فليس لوزير التموين إلا أن يأمر بوقف التاجر أو الصانع المقدم للمحاكمة وقفاً مؤقتاً إلى حين صدور حكم قضائي في حقه.

أما إذا تعلق الأمر بمسلك لا تتوافر فيه أركان الفعل المؤثم جنائياً، ولا يدخل في عداد الجرائم التموينية المنصوص عليها قانوناً ولكنه مع ذلك يكون في حد ذاته عملاً غير مشروع.

يضر بالمجموع، ويسيء إلى مصلحة عليا للبلاد، أو يشكل خطراً أبلغ وأشد من الجريمة العادية على أمنها وسلامة مواردها وأقوات أهلها، فإن هذا العمل غير المشروع الذي يتعارض مع المصلحة العامة يرتد أثر عدم مشروعيته إلى الترخيص الذي سوغ ارتكابه فيجعل بقاء هذا الترخيص بدوره غير مشروع كذلك لا يمكن أن تغل يد الجهة الإدارية مانحة الترخيص عن سحبه بسلطتها التقديرية ما دام قد تحقق وجه عدم مشروعيته وإضراره بالصالح العام لمجرد تقييد سلطتها في حالة الجرائم التموينية المسماة بأوضاع معينة اقتضتها طبيعة هذه الجرائم إذ الأصل هو حق الإدارة في السحب متى قامت أسبابه، وتحققت مبرراته المادية والقانونية وانتفت شبهة إساءة استعمال السلطة والاستئثار هو القيد الوارد على هذا الحق

بمقتضى القوانين والقرارات الخاصة بشؤون التموين، بحق يتعين الارتداد إلى هذا الأصل وأعماله متى خرج الأمر عن نطاق هذ القيد))[1].

تعقيب وتقويم

تسجل في هذا المقام الملاحظات الآتية:

1. هذا النوع من الترخيص محكوم بروح المرفق الإداري وضميره وظروفه ومقتضياته وقواعده الضابطة وأهم هذه القواعد ضرورة سير المرفق بإطراد وانتظام أي ضرورة تقديم السلع التموينية بصورة مطردة ومنتظمة باعتبار هذه السلع من الحاجات الأساسية للمواطنين.

ولقد أسهبنا سابقاً الحديث في الأمر وقلنا أن اتباع الحاجات الأساسية هو جوهر المرفق العام، أو ما يسمونه المرفق العام المادي أو الموضوعي، وهذا الاتباع يضع الإدارة في أكثر من موقف ويمنحها أكثر من صيغة من أجل تحقيق هذه الإشباعات.

فقد تتولى الإدارة بنفسها ذلك أو تنيط الأمر بجهة إدارية تمنحها الشخصية المعنوية (المؤسسة العامة)، وقد تترك هذا الأمر إلى الأفراد يتولون ذلك تحت إشراف الدولة ورقابتها وقيودها، وأساليب عملها، ومن ذلك آلية الترخيص، حيث بهذا الترخيص يتاح لعين الإدارة الساهرة وقبضة يدها دون أن تحول دون الإخلال بإشباع الحاجات العامة.

---

[1] حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر في الطعن رقم 1022 لسنة 7 قضائية، لسنة 1963/12/21.

بل وأبعد من ذلك فقد يهب الضبط التشريعي ليدلي بدلوه في هذا الأمر، فيفرض العقوبات الجزائية كسياج حول ذلك.

و**الخلاصة** أن التعامل مع هذه الرخصة إنما هو محكوم بروح المرفق الإداري وضرورة سيره وتقديمه للحاجات الأساسية للجمهور، والقواعد الضابطة هنا تخضع للضبط المرفقي وليس مقصوراً منه حماية النظام العام بمدلولاته: الأمن العام – السكينة العامة – الصحة العامة.

2. إننا نتفق مع الدكتور جمعة لجهة الأثر المترتب على منح الرخصة وبأنه مجرد مزية أو وضع وهو ما سبق تفصيله والأسباب به، وإن كنا نختلف مع الدكتور جمعة لجهة عدم اعتباره حقاً قياساً على الحق في القانون المدني.

وفي نظرنا أن نظرية الحق في القانون الإداري تختلف من حيث ماهيتها ونظامها وسلطاتها عن نظرة الحق في القانون المدني، وذلك فإن الآثار المستحدثة في النظام القانوني الإداري هذه الآثار يجب فهمها على أنها حق بالمفهوم الإداري الذي يختلف عما هو في القانون الخاص ومن ذلك عدم حصانة هذا الحق وعدم صلابته وتقرير الحماية له بالشكل والأوضاع المقررة في القانون المدني.

والدليل على ذلك أن الترخيص الصادر في ذلك هو قرار إداري طبيعة وجوهراً ويخضع للنظرية العامة للقرار الإداري بكل ما ترتب من آثار وتنجز من نتائج، ولو كان الأمر غير ذلك أي لو لم تكن حيال أثر قانوني (حق) يحمى ويصان لما كنا أمام قرار حري بالإلغاء وغير ذلك.

3. هكذا يتضح أن نظرية التنفيذ الجبري لا تزال محترمة في خطوطها العريضة إذ لم يسمح التشريع لوزير التموين بالإيقاف المؤقت إلا بالنسبة لبعض السلع، وإلا إذا كانت المخالفة تشكل عقوبة جزائية.

وفي نظرنا أن نظرية التنفيذ الجبري لم تخترق لسبب بسيط هو أننا هنا حيال نظرية الضرورة، إذ أن العبث بقوت الشعب وحاجاته الأساسية، يدخل الإدارة في

حال الضرورة، أي في حال استنهاض جهودها للعمل السريع بإيقاف التاجر مؤقتاً عن عمله، ريثما يعطي القضاء كلمته في هذا الموضوع أي دون إلغاء الرخصة إلغاء دائماً.

4. أما إذا لم يكن الفعل يشكل عملاً مؤثماً عليه جزائياً فالمحكمة الإدارية العليا في مصر تعطي للإدارة حق إلغاء الترخيص بسلطة تقديرية وبقرار محمول على سبب حماية الصالح العام.

وفي نظرنا أن هذا الحكم سليم لسبب بسيط هو أنه لا يمكن أن يناط بالإدارة حماية أساسيات الإدارة ثم تغل يدها بإجراءات مقيدة لا سيما أن الشارع نفسه عاجز عن مواجهة سبل اختراق الحالات التموينية ثم ضبطها بإجراءات محددة، هذا فضلاً أن الأصل العام هو تمتع الإدارة بسلطة تقديرية لا سيما أن هذه السلطة لا تعني وقوف الإدارة في منطقة اللاشرعية، بل العكس تماماً إذ الوقوف في اللاشرعية يعني التحكم، وكل ما هنالك أن الإدارة تخضع لمبادئ الشرعية ولرقابة القضاء بعض الوسائل يوازن ذلك إعطاءها حرية اختيار بعض الوسائل.

5. نصت الفقرة الثانية من المادة 28 من قانون التموين الصادر في سورية برقم 123 لعام 1960 نصت على إعطاء المحكمة حق الحكم بإغلاق المحل فيما يتعلق بالمخالفات التموينية ولمدة لا تقل عن أسبوع ولا تتجاوز شهراً، وأجازت للمحكمة أن تأمر بوقوف المحكوم عليه عن مزاولة مهنته إيقافاً مطلقاً أو لمدة تحددها ما لم يكن في تنفيذ حكم الإغلاق أو الإيقاف إعاقة للتموين، وهكذا يتضح من هذه المادة أنها حجبت عن يد الإدارة حق التنفيذ الجبري.

الترخيص بإقامة المنشآت الفندقية

لقد موضعنا هذا البحث في مجال الرخص المتعلقة بالمرفق العام لسبب بسيط هو أن الفنادق أو المؤسسات السياحية تقدم خدمات للجمهور وهذا الفعل الإيجابي هو أخص مظاهر المرفق العام، خلافاً للضبط الإداري الذي يضطلع بإجراءات سلبية وقامعة بحماية المجتمع.

ولا أدل على ذلك هو أن هذه التراخيص لا تصدر عن الشرطة إنما عن جهات إدارية أخرى كوزير السياحة (مصر).

وهذا ما يتضح من المادة الثالثة القانون رقم 1 لسنة 1973 (مصر) المتضمنة: لا يجوز إنشاء أو إقامة المنشآت الفندقية أو السياحية أو استغلالها أو إدارتها إلا بترخيص من وزارة السياحة وتؤول إلى وزارة السياحة الاختصاصات المنصوص عليها في القانون رقم 371 لسنة 1956 في شأن المحال العامة والقانون رقم 372 لسنة 1956 في شأن الملاهي.

والأمر نفسه في سوريا، كما يتضح من المرسوم التشريعي رقم 198 لعام 1961 إذا ناط أمر إعطاء الرخص بوزارة الثقافة والإرشاد القومي والسياحي.

ويلاحظ من المادة 34 من المرسوم التشريعي رقم 198 أن الإغلاق لا يحكم به إلا في حال تكرار مخالفة المادة الرابعة من هذا المرسوم.

وهنالك ملاحظة تتعلق بقواعد التفسير، وفيما يتعلق بالخدمات الفندقية، وهل تنسحب إلى تقديم وجبات أو مشروبات إلى النزلاء أم تقتصر على إيواء النزلاء.

وبـالطبع فعنـد الغمـوض وإذا لم تحـدد الرخصـة بصـراحة ذلـك فالتفسـير يرجع اعتبار الفندق معداً أصلاً لإيواء الجمهور[1].

وهنالك ملاحظة تتعلق بالقانون رقم 1 لعام 1973 الصادر في مصر وفيما يتعلق بقبول الرخصة إذا أقام هذا المشرع قرينـة قانونيـة بقبـول الرخصـة بعد شـهر مـن تقديم صاحب العلاقة الطلب ودفع الرسـم، إذ فـرض هـذا القـانون علـى الإدارة أن تبلغ صاحب العلاقة القبول النهائي أو الـرفض خـلال ثلاثـين يومـاً مـن أدائـه رسـم المعاينة.

وبالطبع فالقانون السوري لم يأخذ بهذه القرينة، واقتصر على الموافقة الصريحة.

رخص المحـلات التجاريـة والصناعيـة

وجريـاً مـع دراسـتنا التطبيقيـة، فسـتناول المسـائل الهامـة الـتي تثيرهـا مثـل هـذه التراخيص ونحددها في الآتي:

1- القرار المصادر بالموافقة على موقع المحل:

يتضح من أحكام القانون رقم 453 لسنة 1954 أن منح الرخصة يمر بمرحلتين:

أ- الموافقة على موقع المحل، حيث يصدر قرار خاص بالموافقة على ذلك.

ب- المرحلة الثانية وتتعلق بالاشتراطات الخاصة بالصحة والأمـن، حيث يحظـر صاحب العلاقة بها من أجل التنفيذ، وإذا تم ذلك منحت له الرخصة النهائية، فإذا

---

[1] د. أحمد محمود جمعة: اختصاص القضاء الإداري بالمنازعات الادارية للأفراد و تطبيقاتها في العمل، ص229.

لم يتممها أو عجز عن إتمامها جاز للجهة الإدارية رفض الترخيص أو إلغاء الرخصة المؤقتة إذا تم منحها[1].

والشيء المهم في الموضوع هو الأداة القانونية بالموافقة على موقع المحل، فقد قضت محكمة القضاء الإداري في مصر بأن هذه الأداة تعتبر قراراً إدارياً نهائياً يكتسب به الطالب مركزاً قانونياً لا يجوز المساس به أو العدول عنه، وذلك لحكمة ظاهرة، وهي أن طالب الترخيص يقوم بإنشاء المحل بمجرد الموافقة على موقعه ويتحمل في ذلك مصاريف قد تكون باهظة، فلا يحق للجهة الإدارية أن تعدل عن موافقتها على الموقع فتكبده خسائر لا مبرر لها، لذلك ارتأى المشرع رعاية للصالح العام البت بادئ ذي بدء وقبل كل شيء ملاءمة الموقع حتى مقرراً ما تمت الموافقة قام الطالب بإقامة المحل، وهو آمن على ما ينفقه من أقوال في هذا السبيل باعتبار أن ملاءمة الموقع أصبحت أمراً تقديرياً، وبمجرد أن يتم ينتقل إلى المرحلة الثانية وهي إتمام الاشتراطات حتى إذا ما نفذها كان لا مناص من منحه الترخيص النهائي، فإذا كانت جهة الإدارة قد انتهت في قرارها إلى رفض طلب المدعي في الحصول على الترخيص استناداً إلى عدم الموافقة على موقع المحل بعد أن كان قد سبق لها أن قررت الموافقة عليه وبعد أن بدأت المرحلة الثانية بالفعل فإن قرارها «والحالة هذه» يكون قد جاء مخالفاً لأحكام القانون رقم 453 لسنة 1954[2].

وهكذا تبدو السمة الموضوعية والعامة وما يترتب على ذلك من نتائج أخصها اعتبار سلطة الإدارة مقيدة في هذا الشأن إذ لا يعقل إلا أن تساس مثل هذه

---

[1] د. أحمد محمود جمعة: اختصاص القضاء الإداري بالمنازعات الادارية للأفراد و تطبيقاتها في العمل، ص213.

[2] حكمها الصادر في 1964/4/7، القضية رقم 998، لسنة 15 قضائية، وقد أيدته المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 1146 لسنة 10 قضائية، جلسة 1964/4/12.

الرخص بقواعد عامة مجردة تخاطب كافة الناس بصفاتهم لا بذواتهم بسبب هذه السمة الموضوعية، لا سيما أن شروط تقدم الناس للحصول على الرخصة هي شروط متشابهة، وبالتالي فالأداة القانونية التي تضطلع بذلك يجب أن تكون متساوية للجميع، وهذا ما يترجم إلى قواعد مقيدة لسلطة الإدارة liée.

2- **تعديل الترخيص بإضافة نشاط جديد:**

نصت المادة 11 من القانون رقم 453 لسنة 1954 (مصر) بأنه لا يجوز إجراء أي تعديل في المحل المرخص لها إلا بموافقة الجهة المختصة كما نصت المادة 12 على أنه في حال وجود خطر داهم على الصحة العامة أو على الأمن العام، جاز لمدير عام إدارة الرخص بناء على اقتراح فرع الإدارة إصدار قرار سبب بإيقاف إدارة المحل كلياً أو جزئياً، ويكون هذا القرار واجب النفاذ بالطريق الإداري.

ويتضح من ذلك أن جهة الإدارة تستطيع سحب الترخيص بالطريق الإداري، إذا ما تبين لها قيام خطر داهم على الصحة العامة أو الأمن العام يتعذر تداركه، ويستوي في ذلك «نظراً لعموم النص» وإطلاقه أن يكون الخطر الداهم ناشئاً من إدارة المصنع أو من السلعة التي ينتجها المصنع إذا بلغ سوء صنعها حداً يهدد الصحة العامة والأمن العام بالخطر إذ لا وجه للتفرقة بين الأمرين ما دام أن نص المادة 16 قد جاء مطلقاً والخطر على الأمن العام أو الصحة العامة يهدد الجمهور في الحالتين[1].

كما حكمت هذه المحكمة (بأنه إن كانت زراعة التبغ محلياً تعتبر تهريباً، فإن ارتكاب صاحب المصنع لهذا الفعل، وإن كانت مؤثماً لا تحقق معه في ذاته وجود خطر داهم على الصحة العامة أو الأمن العام يسوغ إغلاق المصنع بالطريق

[1] حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر رقم 1266 لسنة 11 قضائية، جلسة 1959/4/21.

الإداري، إلا إذا ثبت استعمال هذا الدخان في المصنع على نحو يتحقق معه وجود هذا الخطر الداهم، أما احتمال استعمال الدخان المزروع على نحو يتحقق معه هذا الخطر فهو أمر مبعثه الظن، ولا يتحقق معه وجود الخطر المسوغ للإغلاق وأنه لما كان ذلك وكانت الإدارة لم تذهب في دفاعها إلى أن المطعون ضده استعمل دخاناً مزروعاً على نحو يخالف القانون في المصنع الذي يملكه وقد خلت الأوراق مما ينبئ باستعمال هذا الدخان في المصنع، لذلك فإن طلب وقف التنفيذ يكون قائماً بحسب الظاهر على أسباب جدية) [1].

ويتضح من هذا التشريع ومن تعقيب المحكمة الإدارية العليا أن إغلاق المحل غير جائز بالطريق الإداري إلا في حال عدم وجود رخصة أو تعديلها – وهو أمر يعادل الافتقار إلى الرخصة – أو في حال وجود خطر داهم على الصحة أو الأمن العام، وبذلك فهذا الموقف يكون قد صوب الاتجاه والسلوك بما يتفق مع الأصول القانونية.

3- صفة الجوار والطعن في قرار الترخيص:

الأصل أن طلب إلغاء القرار الإداري هو في حقيقته طعن موضوعي عام مبني على المصلحة العامة، التي يجب أن تسود القرار، فطلب الإلغاء هو مخاصمة القرار المخالف للقانون في ذاته، ومن ثم فلا يلزم في طالب الإلغاء أن يكون صاحب حق ذاتي، بل يكفي أن يكون ذا مصلحة شخصية ومباشرة في طلب الإلغاء، وهذه المصلحة تتحقق متى كان الطاعن في مركز قانوني خاص مباشر بالقرار المطعون فيه، مادام هذا المركز قائماً ووثيق الصلة بالقرار المطعون فيه، بأن تربطه علاقة مباشرة تختلف بحسب نوعه أو موضوعه.

---

[1] الطعن رقم 882 لسنة 13 قضائية، جلسة 1968/11/9.

وعلى هذا الأساس فإذا كن رافع الدعوى بوصفه مستأجراً لمسكن العقار الكائن فيه المحل وملاصقاً لذات المكان الموجود به المحل المذكور وأنه استناداً إلى صفة الجوار هذه يتضرر من الضوضاء الناتجة عن تشغيل المحل المذكور، فهو على هذا الوجه ذو مصلحة شخصية مباشرة في طلب إلغاء القرار الصادر بالترخيص بتشغيل المحل ما دام أن المدعي بذلك في مركز قانوني خاص يؤثر فيه الاستمرار في تشغيل المحل بموجب الترخيص بما يوفر للمدعي صفة في طلب الطعن على القرار المطعون فيه بدعوى الإلغاء[1].

4- نقل رخصة المحل:

وفي هذا الصدد نميز بين الحالات الآتية:

أ- في حال وفاة المرخص له أو التنازل عن الرخصة:

ب- فالامتناع عن نقل رخصة المحل إلى المتنازل إليه من آلت إليه ملكيته في حال وفاة المرخص له الأصلي، هذا الامتناع يعتبر قراراً إدارياً سلبياً[2].

ت- عدم اتخاذ الإجراءات اللازمة للنقل:

ذلك أن القرار الصادر برفض نقل الرخصة لعدم اتخاذ الاجراءات اللازمة لنقلها أو لعدم إتمام الاشتراطات الخاصة بالمحل خلال المهلة المقررة قانوناً هذا القرار يعتبر قراراً صريحاً بالرفض[3].

---

[1] د. أحمد محمود جمعة: اختصاص القضاء الإداري بالمنازعات الادارية للأفراد و تطبيقاتها في العمل، ص218.

[2] المرجع السابق، ص219.

[3] المرجع السابق، ص219.

ويتضح من نص القانون رقم 453 لسنة 1954 (مصر) أن ثمة إلزاماً يقع على جهة الإدارة بنقل الرخصة إلى اسم المتنازل إليه أو إلى أسماء من آلت إليهم ملكية المحل في حال وفاة المرخص له الأصلي بما يتوافر به مقومات القرار الإداري السلبي[1].

ذلك أنه ما دامت ملكية المحل ثابتة للمتنازل إليه بموجب عقد مصدق على توقيعات طرفيه من قبل أحد مكاتب التوثيق، فإنه لا تثريب على جهة الإدارة إن هي استندت إلى هذا العقد وأصدرت قرارها بنقل رخصة المحل إلى التنازل إليه لأنه لا يعنيها أن يكون المحل مرخصاً باسم أي من الطرفين المتنازعين[2].
ذلك أنه من المستقر عليه قضاء ألا يجوز لجهة الإدارة إلغاء رخصة المحل المقلق للراحة المرخص به فعلاً، طالما أن هذا المحل قائم فعلاً في الموقع الذي وافقت عليه جهة الإدارة ومستوفي لكافة الشروط والمواصفات اللازمة للمحافظة على الصحة العامة والراحة والأمن العام، ويجري تشغيله واستغلاله فعلاً، وبالتالي فلا يجوز للإدارة أن تتغاضى عن هذه الحقائق والوقائع الثابتة، وترتب على تنازل محدد المدى (قصد منه الورثة مجرد تفويض أحدهم في إدارة السوق دون التنازل عن الحق في الترخيص ذاته) إلغاء الرخصة ذاتها والامتناع عن إجابة طلب أصحاب حق الاستغلال باعتماد تلك الرخصة باسمهم، مادام أن تلك الرخصة تنصب على السوق المرخص بها، وما دام أن هذه السوق قائمة فعلاً في الموقع الذي وافقت عليه جهة الإدارة ويجري تشغليها واستغلالها بمعرفة أصحاب الحق في ذلك طبقاً

[1] المرجع السابق، ص220.

[2] د. أحمد محمود جمعة: اختصاص القضاء الإداري بالمنازعات الادارية للأفراد و تطبيقاتها في العمل، ص220.

للشروط والمواصفات القانونية، إذ أن هذا هو مناط قيام الرخصة وسريانها قانونياً[1].

5- **إلغاء رخصة المحل:**

يستدل من المادة 12 من القانون رقم 453 لسنة 1954 (مصر) أنها أناطت بجهة الإدارة سلطة إيقاف المحل كلياً أو جزئياً بقرار مسبب ينفذ بالطريق الإداري إذ قدرت أنه يترتب على إدارته خطر داهم على الصحة العامة أو الأمن العام كما سبق توضيحه.

ولقد حددت المادة 16 من هذا القانون الأحوال التي تلغي فيها رخصة المحل وهي:

1. إذا وقف العمل بالمحل لمدة تزيد على عامين.
2. إذا أزيل المحل.
3. إذا كان المحل ثابتاً، ثم نقل من مكانه.
4. إذا جرى تعديل في المحل.
5. إذا أصبح المحل غير قابل للتشغيل.
6. إذا أصبح المحل غير مستوف للشروط القانونية.
7. إذا صدر حكم نهائي بإغلاق المحل.

ويتضح من النصوص السالفة الذكر أن الخطر الداهم الذي يؤدي إلى إلغاء الرخصة هو ذلك الخطر الذي يتعذر تداركه، أما إذا لم تتوافر هذه الصفة فإنه

---

[1] حكم محكمة القضاء الإداري المصري في القضية رقم 1225 لسنة 6 قضائية، جلسة 1957/5/3.

يؤدي فقط إلى إيقاف إدارة المحل مؤقتاً بالطريق الإداري، إلى أن تزول أسباب مبرر الإيقاف أو أن يتحقق سبب من أسباب إلغاء الرخصة، فيصبح الإيقاف دائماً.

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه (يتبين من الأوراق أن جهة الإدارة استخلصت من الوقائع المطروحة عليها بما لها من سلطة تقديرية في مجال مباشرة وظيفتها من الوجهة الفنية التي لا تعقيب عليها ما دامت براء من إساءة استعمالها).

إن عدم تنفيذ المرخص لها للاشتراطات القانونية وخاصة ما يتعلق فيها بوقف استعمال القمامة كمادة وإحلال الوقود الجاف أو السائل محلها، وبإجراء التعديلات الكفيلة بحماية الجيران من أضرار عدم الاحتراق، أمر يشكل خطراً داهماً على الصحة العامة، ومن ثم قررت وقف إدارة المحل بطريق الغلق الإداري إعمالاً منها وبحق لكم المادة 12 من القانون إلا أنه ما كان يجوز للإدارة ولذات الأسباب التي استند إليها قرار إيقاف إدارة المحل أن تقرر أيضاً إلغاء الرخصة، ذلك أن هذا الإلغاء رهين بأن يكون الخطر الداهم على الصحة العامة متعذر تداركه بينما يبدو من عيون الأوراق أن الإدارة لم تر في أي وقت توافر هذا السبب المؤدي إلى إلغاء الرخصة، وآية ذلك أنها استمرت منذ عام 962 تكلف المرخص لها تنفيذ الشروط التي اعتبرتها الإدارة كفيلة بإزالة الخطر على الصحة العامة، وبتلافي أسبابه ومن ثم فالقرار المذكور يكون أيضاً فيما يتعلق بإلغاء الرخصة، فاقداً لركن السبب المبرر لإصداره وبالتالي يكون قد وقع باطلاً حرياً بالإلغاء[1].

---

[1] الطعن رقم 58 لسنة 25 قضائية، جلسة 1972/11/14.

دراسة تحليلية للأنظمة السارية في القطر العربي السوري والمتعلقة بترخيص المحلات الصناعية الخطرة أو المضرة بالصحة العامة والمقلقة للراحة

وباستقراء النصوص التشريعية الناظمة لذلك يتضح أن التشريع الأساسي الناظم لذلك هو المرسوم رقم 382 الصادر في 1946/4/2، كما أن هذا المرسوم اعتمد على القانون رقم 181 تاريخ 1945/5/26 المتعلق بتحويل الحكومة حق إصدار الأنظمة الصحية.

يتضح من المادة الأولى من المرسوم رقم 182 أنها استهلت النص على الرخصة المتعلقة بإشادة البناء أو حظرت بتلك المادة البناء قبل الحصول على رخصة خاصة من السلطات الإدارية هذا فضلاً من أنها حظرت على البلديات إعطاء إجازة لتشييد أبنية قبل الحصول على الإجازة المطلوبة.

ولقد حددت المادة الخامسة من المرسوم 382 شروط طلب الرخصة وهي:

1. اسمه وكنيته.
2. اسم الصنعة.

3. اسم المكان الذي يراد البناء أو التأسيس فيه وحدوده.

وهذا يعني أن صاحب العلاقة يستحصل مسبقاً على الرخصة، وبعد ذلك يسمح له بالبناء خلافاً لما جاء في الأنظمة المرعية في مصر، حيث يتم الترخيص على مرحلتين أولاهما الكشف المؤقت على محل البناء، ويقترن ذلك برخصة مؤقتة، وبعد إشادة البناء يتم الحصول «وبسلطة مقيد»ة على الرخصة النهائية.

والشيء الجديد في التنظيم السوري أن الطلب المقدم من صاحب العلاقة للحصول على الترخيص، هذا الطلب يعلن من قبل وزير الشؤون البلدية والفردية أو المحافظ خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تقديمه على الجمهور ويبين في الإعلان اسم الطالب وموضوع وأهمية المشروع وجميع ما يهم الجمهور معرفته من الإيضاحات عنه وطرق مراجعة أصحاب الشأن، وينشر الإعلان في الجريدة الرسمية، وفي جريدتين محليتين.

والحكمة من هذا الإعلان واضحة وقد أوضحتها المادة ومناطها حق كل شخص يقيم في نطاق دائرة قطرها ألف متر من مكان المشروع أن يقدم خلال شهر من الإعلان اعتراضه على المشروع كما يحق للمجلس البلدي أن يبدي رأيه خلال المدة المذكورة.

وفي نظرنا أن الحل الذي اتبعه التنظيم السوري أجدر بالتقدير من التنظيم المصري لسبب بسيط هو الإعلان عن المشروع حتى ييسر لأصحاب العلاقة الطعن في الرخصة قبل إعطائها وقيام صاحب العلاقة بالبناء، هذا فضلاً عن أن التبصر بإعطاء الرخصة وتمحيص الموضوع قبل البناء أسلم من إعطاء رخصة مؤقتة بالبناء تتبعها رخصة نهائية، وإن كانت هذه الرخصة النهائية تخضع لسلطة الإدارة المقيدة، كما سبق توضيحه.

وفضلاً عن ذلك فقد حظرت المادة الأولى من المرسوم رقم 382 على البلدية نفسها منح أية رخصة بالبناء قبل الحصول على الرخصة المنوه بها في المرسوم المذكور.

ولقد تضمنت المادة الثامنة من المرسوم رقم 382 كيفية البت في الاعتراضات وحتمت الأخذ بوجهة نظر البلدية في حال اعتراضها على الوضع.

ونصت المادة التاسعة على ضرورة إرسال الإضبارة إلى الدائرة الصحية المختصة لإبداء رأيها في الموضوع، وإذا ما وافقت السلطة الصحية على المشروع تحتم على جهة الإدارة إعطاء الرخصة حيث تبلغ نسخة من الإضبارة إلى السلطة الصحية وتسجل في سجل خاص/المادة 10/.

ولقد حظرت المادة 12 إعطاء رخصة لتعاطي إحدى الصناعات قرب الأحياء المأهولة بالسكان ضمن المسافة التي تقررها السلطة الصحية.

ولقد اعتبرت المادة 13 الرخصة الملغاة في الحالات الآتية:

1. إذا لم يبدأ بالأعمال خلال سنة واحدة من تاريخ صدور الإجازة.

2. إذا أريد أجراء تبديل في المكان أو التوسيع أو تعديل ذي شأن فيه.

3. عندما يترك صاحب محل الحرفة (وفي هذه الحال يمكن الاستغناء كلياً أو جزئياً أو تكرار استيفاء إجراءات التحقيق والإعلان والكشف وغيرهما من الإجراءات المستوفاة قبل إعطاء الإجازة الأصلية (أضيف هذا النص الأخير بموجب المرسوم 2377 تاريخ 1948/11/9، وفي نظرنا أنه كان على النص

الأخير أن ينص على وجوب الاستغناء كلياً عن التحقيق وليس على جواز الاستغناء كما سبق توضيحه في النص المصري).

ولقد أجازت المادة 14 من المرسوم إلغاء الرخصة من قبل السلطة الإدارية لأسباب تعود للنفع العام مقابل تعويض عادل يحدد مقداره من قبل لجنة مختصة.

وأشارت المادة 16 إلى أن وزارة الشؤون البلدية والفردية هي التي تضع التعليمات اللازمة المتعلقة بالشروط الصحية الواجب توفرها في المحل المرخص (التهوية – النظافة – الروائح – أسباب الحريق – صحة العمل).

أما المادة 17 قد نظمت شرط إلغاء الرخصة أو التوقيف المؤقت، وذلك إذا ارتكب صاحب المحل مخالفة خطيرة لما تعهد بالقيام به من الشروط الصحية وغيرها عند طلب الإجازة كما أجازت للذي ألغيت رخصته أن يطلب تجديدها ضمن شروط الحصول على الإجازة.

وهكذا يتضح أن الضرورة (مخالفة خطيرة) هي التي تبرر الإجراءات الإدارية للإلغاء والتوقيت المؤقت مع العلم أنه كان يجب التمييز في الإجراء بين الإلغاء وبين التوقيف المؤقت وخلق حال من التدرج في العقاب نظراً لاختلاف الأمرين، كما كان الأجدر أن تعطي الإدارة حق التوقيف الإداري المؤقت ثم إناطة الإلغاء بالمحكمة في إطار دعوى مستعجلة.

هذا وننوه بأن المادة 18 راعت ظروف التوقيف المؤقت إذ أناطت للسلطة الإدارية أن تأمر بتوقيف العمل في المحل، إذا أصبح بحاجة إلى إصلاحات صحية أساسية في بنائه وأدواته بحيث يتعذر استمرار العمل فيه قبل تحقيق تلك الإصلاحات وعلى أن يسبق التوقيف المؤقت توجيه إنذار إلى صاحب المحل.

ويتضح من كتاب وزير الشؤون البلدية والفردية رقم 954 تاريخ 1961/2/7 أنه يجوز توقيف الفرن المرخص عن العمل إذا أصبح بحاجة إلى إصلاحات صحية

أساسية في بنائه أو أدواته على أن يسبق التوقيف توجيه إنذار إلى صاحب الفرن بتلافي العيوب.

الرخصة الإدارية في مجال الضبط الإداري

يقصد بالضبط بمعناه العام تنظيم الدولة تنظيماً وقائياً يكفل سلامة المجتمع، ويدخل في هذا المعنى الواسع تنظيم وضمان سير المرافق العامة في الدولة.

وبمقتضى هذا التنظيم الوقائي تراقب السلطة العامة نشاط الأفراد، وتدرس احتمالات الإخلال بالنظام، وتعمل على منعها قبل وقوعها، ووظيفة الضبط بهذا المعنى تقوم بها الدولة عن طريق التشريع.

أما الضبط الإداري، فيضع القيود والحدود على النشاط الفردي من قبل السلطة الإدارية لتحقيق الصالح العام.

وهذا النشاط برغم القيود والحدود يظل نشاطاً فردياً، إذ تكتفي السلطة الإدارية بتنظيمه دون أن تصل بهذا التنظيم إلى تحريمه ومنعه، فالحرية في نطاق الضبط الإداري هي الأصل، وتحديدها بإجراءات الضبط هو الاستثناء.

وليس كل تقييد للحريات العامة يتم بإجراءات الضبط الإداري، بل إن الحريات لا يجوز تقييدها بحسب الأصل إلا بقانون، أو بناء على قانون، ولا يعتبر تقييد المشرع للحريات من قبيل الضبط الإداري، بل من قبل الضبط التشريعي.

على أنه داخل إطار الضبط التشريعي، يوجد الضبط الإداري الذي تمارسه الإدارة، فبالإضافة إلى مهمة السلطة الإدارية بتنفيذ القانون، فإن واجبها أن تضيف الأحكام التشريعية العامة أحكاماً لائحية، تقيد من الحريات الفردية، وتعتبر من قبيل إجراءات الضبط الإداري.

هذا وسنتكلم عن الأساس القانوني للرخصة في مجال الضبط التشريعي، ثم في مجال الضبط الإداري.

الأساس القانوني للرخصة في مجال الضبط التشريعي

والضبط التشريعي كما قلنا تمارسه السلطة التشريعية بموجب قوانين تنظم كل منها نشاطاً محدداً.

ويمكننا أن نضرب ليس على سبيل الحصر بعض الأمثلة عن هذه القوانين التي تتصدى للقيام بهذا التنظيم:

- المرسوم التشريعي رقم 382 الصادر في سوريا بتاريخ 1946/4/2 والمتعلق بالترخيص بالصناعات الخطرة أو المضرة بالصحة العامة أو المقلقة للراحة.
- القانون رقم 81 الصادر في سوريا بتاريخ 1905/5/16 المتعلق بتحويل الحكومة حق إصدار أنظمة صحية.
- قرار رئيس الجمهورية رقم 124 تاريخ 1958/3/13 بشأن منح رخص المحال العامة.

وكما قلنا سابقاً، فإذا ما أصدرت الإدارة تراخيص في حدود هذا التنظيم، فدور هذه الأداة القانونية، لا يعدو التحقق والتثبت من توافر الشروط التي تقتضيها القوانين.

وبمعنى أوضح فنحن هنا لسنا حيال ممارسة الإدارة لسلطتها التقديرية، بل نحن في مواجهة الإدارة المقيدة، الأمر الذي حدا بعض الفقهاء للكلام عن القرارات الفردية التطبيقية والقرارات التنفيذية ثم القرارات الكاشفة، لإنكار صفة القرارات بالنسبة إلى تصرفات الإدارة المقيدة liée.

ويمكن تلخيص هذه الحجة على النحو الآتي: ما دام الحق يستمد من القانون أو اللائحة رأساً، وليس عمل الإدارة إلا تسجيلاً أو تنفيذاً لما يقرره القانون أو اللائحة، فإن عمل الإدارة في هذا المجال لا يعدو أن يكون عملاً مادياً، ولا يمكن ان يرقى في حال من الأحوال إلى مرتبة القرار الإداري الذي يقوم «كما يعرّفه القضاء» على أنه إفصاح عن إرادة ذاتية[1].

ذلك أن هنالك قواعد تنظيمية تنشئ مراكز شخصية مباشرة دون تعليق ذلك على صدور قرار فردي من الإدارة، ويكون عمل الإدارة مقصوراً على مجرد تنفيذ الوضع أو المركز الفردي الذي ينشأ من القاعدة القانونية مباشرة أو على تسجيله وشهره.

وهذه القرارات «التي أسميت تنفيذية» ليست قرارات إدارية، بل أعمال مادية actes materiels لأن العمل الإداري هو عمل قانوني (تصرف) من جانب واحد أي عمل تتجه فيه الإدارة لترتيب أثر قانوني صرف هو في الأعمال الإدارية إنشاء وضع أو مركز، وفي الأعمال المدنية إنشاء حق، والعمل الذي يكون مقصور الأثر على تنفيذ وضع نشأ مباشرة من قاعدة قانونية دون أن تنشئه، لا يعتبر عملاً قانونياً[2].

ولكن ألا يضعنا هذا الرأي في دائرة الغموض، وبالتالي فالسؤال المطروح هنا هو: ما هو معيار قولنا بأن القانون ينشئ مباشرة المركز بقرار تنفيذي، أو بصورة غير مباشرة عن طريق القرار الإداري المنشئ.

وما هي جرعة الخلق والإنشاء التي تقوم بها الإدارة عند إصدار القرار التنفيذي أو القرار الإنشائي؟.

---

[1] للمزيد من الاطلاع على حجة هذا الفريق حول هذه الأنواع للقرارات، انظر د. سليمان الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية، ص722.

[2] هذا الرأي للأستاذ عبده محرم وقد عرض له الدكتور الطماوي وناقشه انظر القرارات الإدارية، ص723 وما بعدها.

ولو افترضنا أن القاعدة التنظيمية تعلق منح المركز الذي تنشئه على شروط واضحة ومحددة، لو افترضنا ذلك ألا يعتبر التحقق من توافر هذه الشروط من قبل الإدارة عملاً إدارياً[1] .

هذا وننوه بأن نظرية القرارات التنفيذية والقرارات التطبيقية والكاشفة وغير ذلك، هذه النظريات نشأت في إطار نظرية سحب القرار الإداري وفي إطار نظام تسويات حقوق الموظفين، وكان التساؤل حول ما إذا كانت تلك القرارات تتحصن بمرور ستين يوماً أم إنه بالمقابل للموظف المطالبة بحقوقه حتى بعد انقضاء ستين يوماً على مثل هذه القرارات؟.

وفي نظرنا أنه إذا كان لنظرية القرارات التنفيذية «كأعمال مادية» أهمية فإن هذه الأهمية تغدو هامة في إطار الرخص التي تصدر في إطار التشريع الضبطي على اعتبار أنه لا يمكن الكلام عن صلابة للمراكز الذاتية في إطار الضبط بفرعيه التشريعي أو الإداري.

في الحقيقة أن الإدارة تستطيع إلغاء القرار الإداري «والرخصة في مجال الضبط قرار إداري» لدواعي الصالح العام les raisons d'intérêt général.

ودواعي الصالح العام التي يجوز من أجلها إلغاء القرارات الإدارية السليمة بالنسبة إلى المستقبل عديدة: المحافظة على الصحة العامة – السكينة العامة – الأمن العام...الخ.

ذلك أن القاعدة العامة هي أن استقرار الأوامر الذاتية إنما يقتضيه المحافظة على المصالح الخاصة، وعند التعارض بين هذه المصالح والمصالح العامة، يجب ترجيح المصلحة العامة، على لأقل إذا تعذر التوفيق.

---

[1] د . سليمان الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية، ص724.

بيد أنه يجب التنبيه إلى ملحوظة هامة هي أن فكرة الصالح العام فكرة فضفاضة ويجب ألا يترك تقديرها بصفة عامة للإدارة، وإلا أهدرنا استقرار الأوامر الإدارية السليمة، ومن ثم فالإدارة لا تستطيع إلغاء قرار إداري سليم قبل نهايته الطبيعية، يقصد بالصالح العام المجرد، بل يجب أن يكون هذا الصالح العام مخصصاً.

فالترخيص الصادر لأحد الأفراد يبيع نوع معين من الأدوية، يجوز إلغاؤه، إذا ثبت أن الدواء خطر، وإن كان المشرع يستطيع في بعض الحالات أن يمنح الإدارة سلطة إلغاء القرار الإداري لمطلق الصالح العام دون أن يخصص لها غرضاً بعينه من أغراض المصلحة العامة.

ومثاله لدينا في سوريا إنهاء خدمة الموظف سنداً للمادة 85 من قانون الموظفين.

الأساس القانوني للرخصة الإدارية في مجال الضبط الإداري

هذا الضبط تمارسه السلطة الإدارية، مركزية كانت أم غير مركزية، وهو بدوره نوعان:

1. الضبط الإداري الخاص، وتمارسه السلطة التنفيذية تنفيذاً لقوانين الضبط، كما سبق توضيحه.

2. الضبط الإداري العام، وتمارسه السلطة التنفيذية، ليس تنفيذاً لقانون بعينه، ولكنه استناداً إلى صلاحيتها الدستورية في حماية النظام العام.

والغالب في التنظيم الدستوري أن يوكل سلطة الضبط الإداري العام لرئيس الجمهورية[1].

---

[1] المادة 145 من الدستور المصري.

وعلى ذلك فأية جهة إدارية غير رئيس الجمهورية لا تملك إصدار قرارات ضبط مبتدأة، ولها فقط ان تصدر قرارات ضبط مستندة إلى قانون أو إلى قرار صادر عن رئيس الجمهورية، بينما يملك رئيس الجمهورية إصدار لائحة ضبط دون أن يستند في ذلك إلى قانون يخول له سلطة إصدارها.

وهذه اللوائح التي تصدر عن رئيس الجمهورية تسمى اللوائح المستقلة، وهي بذلك تصدر خلافاً للأصل العام الذي يقضي بأن كل قرار إداري لائحي أو فردي، أياً كانت جهة إصداره، وأياً كان موضوعه، يجب أن يصدر مستنداً إلى قاعدة في قانون أو في الدستور، وعلى الأقل في لائحة أعلى[1].

ويرى الفقيه المصري أنه لا يجوز لرئيس الجمهورية أن يفوض في اختصاصه بإصدار لوائح الضبط، وذلك على خلاف اختصاصه بإصدار اللوائح التنفيذية، غير أنه ليس ثمة ما يمنعه من أن يصدر لائحة ضبط، وإن يكل فيها لجهات إدارية أدنى منه إصدار القرارات التي تلزم لوضعها موضع التنفيذ (مجلس الوزراء – الوزير المختص – المحافظ)[2].

وخلافاً لما رأيناه في مجال الأموال العامة فالضبط الإداري إلا بأداة القرار الإداري العام (اللائحة) أم الفردي، ولا مجال فيه للعقود الإدارية[3].

---

[1] د. عبد الفتاح حسن، مبادئ القانون الإداري، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 1980، ص11، د. محمود حلمي: نشاط الإدارة، القاهرة، دار الفكر العربي، 1968، ص12.

[2] د. عبد الفتاح حسن: مبادئ القانون الإداري، ص512.

[3] المرجع السابق، ص512.

وتعتبر اللائحة الخطوة الأولى في الضبط، وجهة الإدارة «في الضبط الإداري العام» لا تصدر اللائحة تنفيذاً لقانون، بل استناداً إلى صلاحيتها العامة المستمدة من الدستور.

أما قرارات الضبط الفردية، فتصدر استناداً إلى قرار ضبط لائحي، اللهم إلا في حال الظروف الاستثنائية.

والقيود التي تفرضها قرارات الضبط (بنوعيها) على نشاط الأفراد لها صور متعددة، كالأمر بعمل أو الحصول على إذن مسبق قبل نشاط معين، وهذا هو عين الترخيص موضوع البحث.

وأحياناً يمارس نشاط الأفراد عن طريق الإخطار الذي هو عكس الترخيص، إذ في حال الإذن لا يجوز مباشرة النشاط قبل الحصول على إذن به، أما في حال الإخطار يمكن مباشرة النشاط فور الإخطار.

وهذه القرارات الفردية في مجال الضبط لا يختلف في شيء عن سائر الأوامر الفردية الأخرى إلا فيما يتعلق بأهدافها وغاياتها، لذلك فهي تخضع للأحكام العامة للقرارات الإدارية[1].

وتحدد لوائح الضبط الجهة الإدارية التي تختص بإعطاء الترخيص، أو بتلقي الإخطار[2].

---

[1] المرجع السابق، ص842.

[2] د. عبد الفتاح حسن: مبادئ القانون الإداري، ص512.

وتستهدف قرارات الضبط على حفظ المجتمع بشعبه الأربع: حفظ الأمن العام- السكينة العامة – الصحة العامة والآداب العامة.

وعلى هذا الأساس، فقرارات الضبط مخصصة دائماً في غايتها سواء أكانت لائحية أم فردية، فإذا هي خرجت على الغاية، كانت غير مشروعة، ولو استهدفت مصلحة عامة[1].

والأدوات القانونية المستخدمة في مجال الضبط من أخص مظاهر السلطة العامة، لذلك لا يجوز التنازل عنها، ولا استعمالها بعقود، وبالتالي لا يجوز أن يتضمن التزام المرافق العامة مثلاً تنازلاً صريحاً أو ضمنياً من جانب الإدارة عن سلطتها في اتخاذ الإجراءات اللازمة لحماية صحة المواطنين وسلامتهم[2].

والنشاط الضبطي «خلافاً لنشاط المرفق العام» واجب على الإدارة، ويعتبر امتناعها عن ذلك خطأ يوجب مسؤوليتها متى كان الموقف يتضمن خطراً جسيماً كان يقتضي تدخلها لمنعه[3].

وإجراء الضبط مؤقت بطبيعته، فيجوز إلغاؤه في أي وقت من جانب الإدارة، متى ظهرت أسباب تدعو إلى ذلك[4].

---

[1] المرجع السابق، ص514، د. محمود حلمي: نشاط الإدارة، ص13.

[2] المرجع السابق، ص512.

[3] المرجع السابق، ص515.

[4] د. عبد الفتاح حسن: مبادئ القانون الإداري، ص515.

وفي إطار الضبط الإداري يجب التمييز بين الضبط العام والضبط الخاص فالضبط العام يرقى إلى الحفاظ على النظام العام بمدلولاته وعناصره الثلاث: الأمن العام – الصحة العامة – السكينة العامة.

أما الضبط الخاص فيرمي «وبنصوص خاصة» إلى إيكال بعض أوجه النشاط الإداري إلى هيئة معينة، أو تنظيم موضوع يدخل في النشاط الفردي أو ينصرف إلى فئة معينة بذاتها من الأشخاص كما أنه قد يستهدف أغراضاً مغايرة لتلك التي تنطوي عليها فكرة النص على العام، كالضبط الخاص بحماية الآثار[1].

وعلى ذلك فالضبط الخاص يتخصص من النواحي الآتية:

1- من حيث الهيئة:

وهنا يوكل الضبط إلى هيئة إدارية معينة مثاله، الضبط الإداري الخاص بالسكك الحديدة.

2- من حيث الموضوع:

قد يتخصص الضبط بصدور تشريع بتنظيم موضوع معين في بعض أوجه النشاط الفردي، وهذا التشريع يزيد عادة من اختصاصات الضبط العام، ومثال ذلك القانون الخاص بالمجالات الخطرة أو المقلقة للراحة أو الضارة بالصحة، والقانون الخاص بالمحال العمومية والقانون الخاص باستعمال الطرق العامة وأشغالها والقانون الخاص بتنظيم الجبانات والقانون الخاص بنظام الطرق العامة والشوارع، والقانون الخاص بمنع الأحداث من دخول السينما.

---

[1] د. فؤاد عطار: القانون الإداري، القاهرة، دار النهضة العربية، ط3، ص333.

3- من حيث الأشخاص:

قد يتخصص الضبط الإداري بعض أوجه النشاط التي يستلزمها الضبط الإداري العام تجاه طائفة معينة بذاتها من الناس كالقانون الخاص بمزاولة مهنة الطب والصيدلة أو القانون الخاص بإقامة الأجنبي.

مدى وجوب استناد الأوامر الفردية الضابطة إلى قواعد تنظيمية عامة وانعكاس ذلك على التراخيص الإدارية

يرى معظم فقهاء القانون العام أنه من غير الجائز لهيئة الضبط الإداري أن تصدر قرارات فردية لا تستند إلى قاعدة عامة مجردة[1].

ويرى أقلية من الفقهاء أن القضاء الفرنسي لا يلتزم بهذه القاعدة بشكل مطلق[2].

وفي الحقيقة لقد وافقت بعض أحكام المحاكم الفرنسية على إصدار قرارات فردية في ظروف معينة دون أن تستند إلى قواعد عامة.

فقد قضت محكمة النقض الفرنسية (الدائرة الجنائية) بأنه إذا كان المبدأ أن القرارات التي تصدر عن السلطات المحلية في شؤون الضبط الإداري يكون من

[1] انظر من هؤلاء الفقهاء، هوريو: الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الثانية عشرة، ص551.

[2] د. توفيق شحاته: مبادئ القانون الإداري، ص343.

هدفها الصالح العام، فهذا المبدأ لا يمنع من إصدار قرارات فردية بالنسبة للأشخاص أو بالنسبة للمشروعات ما دامت قد صدرت مستهدفة الصالح العام[1] .

كذلك اعترف مجلس الدولة الفرنسي بإمكان إصدار قرارات إدارية فردية في مسائل الضبط الإداري لا تستند إلى قواعد سابقة، ومن ذلك ما قضى به من أن عدم وجود لائحة عامة بشأن المواكب لا تمنع العمدة من إصدار قرار فردي بمنع موكب يؤدي إلى اضطراب الأمن، كما قضى بإلغاء القرار الضمني بامتناع العمدة عن إلغاء لائحة تتعلق بالاجتماعات والاحتفالات لم يصبح لها ما يبررها من الأمن العام[2] .

على أنه إلى جانب هذه الأحكام نجد أحكاماً أخرى تحرم اتخاذ أي قرار فردي لا يستند إلى قواعد عامة سابقة، ومن ذلك ما قضت به محكمة النقض الفرنسية من أن منع شركة موسيقية معينة من المرور بالطريق العام أمر غير مشروع[3] .

وما جاء بحكم مجلس الدولة الفرنسي من أن بإمكان العمدة أن يمنع بقرار عام خروج الشركات في الطرق والأماكن العامة، ولكن لا يجوز له أن يمنع شركة معينة من ذلك[4] .

---

[1] Rinbert et Randon: D.H.1924،e.E.16،dee،1956,cutelùud et lauguet،Ree, p1105.

[2] e.E ,6 dee، 1933، soe, Le avenir d,oyannaux, Ree,p1136.

[3] Eass. Erim: 19،Avril 1890,Rieùrd, S,1892-1-425.

[4] د. محمود حلمي: نشاط الإدارة، ص15.

ويفسر الأستاذ "فينيت " هذا التضارب في الأحكام، من خلال تعليقه على حكم محكمة النقض الفرنسية في قضية ريكارد موضحاً بأن ما يفرق بين القرار الفردي والقرار العام، هو استمرار الحال التي تستدعي استمرار القرار العام ويستخلص المعيار الذي تتخذه محكمة النقض الفرنسية في سماحها باتخاذ إجراءات فردية إن موضوع القرار لا يحتمل بطبيعته إلا قراراً فردياً[1].

أما الدكتور "توفيق شحاته "، فيستخلص من هذه الأحكام المتعارضة قاعدة عامة مقتضاها أن هيئة الضبط الإداري تستطيع إصدار قرارات فردية لا تستند إلى نص تشريعي أولاً بالشروط الآتية[2]:

1. ألا يكون المشرع قد اشترط صدور هذا التنظيم اللائحي السابق.
2. أن يكون الأمر الفردي داخلاً في نطاق الضبط العام، أي محققاً أحد أغراضه، وهي الأمن والسكينة والصحة.
3. أن يكون موضوع القرار الفردي ظرفاً واقعياً ذا طابع استثنائي يستلزم اتخاذ إجراء خاص.

ويرى الدكتور "محمود حلمي " أن الظروف الاستثنائية هي التي تتيح للإدارة الخروج على قواعد المشروعية العادية، وتسمح باتخاذ قرارات فردية في مسائل الضبط الإداري لا تستند إلى قواعد عامة، حيث جاء ذكر الظروف الاستثنائية

---

[1] د. محمود حلمي: نشاط الإدارة، ص16.

[2] د. توفيق شحاته: مبادئ القانون الإداري، ص343.

واضحاً في كثير من الأحكام، منها على سبيل المثال حكم محكمة النقض الفرنسية في قضية "ريكارد" المشار إليها سابقاً[1].

ولقد استقر القضاء على أن قواعد المشروعية تفسر في الظروف الاستثنائية تفسيراً موسعاً يسمح للإدارة بسلطات العمل السريع والحاسم التي تقتضيه مهمتها في صيانة أمن الدولة وحسن سير مرافقتها، بأكثر مما يوافيها به القانون في الأحوال العادية.

وهذه السلطات الممنوحة للإدارة لا تهدم مبدأ المشروعية، ولا تعبر ذلك خروجاً عليه، فالدولة القانونية باقية في الظروف العادية والظروف الاستثنائية على السواء، غاية الأمر أن قواعد المشروعية العادية يجب أن تتطور لتلاحق الظروف بحيث تحل محلها في الظروف الاستثنائية مشروعية استثنائية من نفس النوع والطبيعة[2].

وهكذا تصبح الحاجة ملحة لإقرار لجنة مستقلة عن نظرية الظروف الاستثنائية، وهذا هو موضوع بحثنا المقبل.

---

[1] د. محمود حلمي: نشاط الإدارة، ص16.

[2] د. طعمة الجرف: مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون، د. مصطفى أبو زيد فهمي: القضاء الإداري، ط4، 1979، منشأة المعارف الاسكندرية، ص219.

آثار ومظاهر تطبيق نظرية
الظروف الاستثنائية على الرخصة الإدارية

الثبات والديناميةً، هما الفاعلان القطبان اللذان يحكمان الوجود الإنساني.

وهذان القطبان ضروريان للحياة الإدارية، إذ الاستقرار يوازي الاطمئنان والوضوح والتحديد والمساواة، كما أن الدينامية تعني استكشاف آفاق الجدة والتطور.

وإذا كانت السلطة المقيدة أو المحددة liée أكثر ضماناً لحرية الأفراد، وحمايتهم من تعسف الإدارة وعنتها، فإن الإسراف في هذا التقييد يترتب عليه أوخم العواقب لأنه يؤدي إلى شل حركة الإدارة وإلى كبت نشاطها وإعدام ركن الابتكار فيها، وبث الآلية البغيضة في أنحائها والسلطة التقديرية إذن لازمة لحسن سير الإدارة لزوم السلطة المحددة لحماية حقوق الأفراد وحرياتهم.

وأداة هذه الحرية التي تمتلكها الإدارة كما رأينا هي السلطة التقديرية التي تتمتع بها الإدارة قدراً من الترخيص والإبداع، كل ذلك في الإطار الكامل لفكرة المشروعية.

ولكن ما العمل إذا اعترضت الإدارة ظروفاً استثنائية لا يمكن مواجهتها بقواعد المشروعية العادية؟؟.

هل يتم التضحية بسلامة أمن الدولة وأمنها لصالح احترام القواعد الصارمة أم يجب تخويل الإدارة قدراً متيقناً من الحرية ليتاح لها مواجهة هذه الظروف الاستثنائية؟؟.

الجواب بالطبع لصالح سلامة الدولة، وبالتالي فالضرورات تتيح المحظورات، والحل المنطقي إعطاء الإدارة مكنة متيقنة من الحرية والانقلاب من صرامة القاعدة، بالقدر اللازم لمواجهة الظروف.

وهذا التحرر إما أن يكون بآلية النص القانوني أو بالاستناد إلى الحركة القضائية، حركية إبداع القضاء الإداري ودوره الرائد في استكشاف الحلول.

ولقد تعددت الظروف والأحوال الخطيرة التي تصدت النصوص لمعالجتها من ذلك قوانين التعبئة العامة وتنظيم الدفاع المدني وحالة الطوارئ (الأحكام العرفية) والتدابير الخاصة بأمن الدولة[1].

وعلى سبيل المثال والتدليل فقد أعطت المادة الخامسة من قانون الطوارئ في مصر رقم 162 لسنة 1958 جهة الإدارة حق سحب الترخيص بالأسلحة والذخائر والمواد القابلة للانفجار، والمتفرقعات على اختلاف أنواعها.

بيد أن عدم وجود نص قانوني لا يعني تجريد الإدارة من كل فاعلية لمواجهة هذه الظروف القاسية، ومن هنا فقد تصدى القضاء الإداري في فرنسا لرسم إطار هذه المشروعية الاستثنائية، وقد أطلق الفقهاء على قضاء مجلس الدولة المذكور (نظرية سلطات الحرب والظروف الاستثنائية):

---

[1] بالإمكان الرجوع إلى هذه النصوص والتشريعات انظر د. سليمان الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية، ص108، وانظر سحب الرخصة بحمل الأسلحة أو الاتجار بها قرار وزير الداخلية في سوريا رقم 86، لعام 1977، منشور في مجلة المحامين، حزيران 1977، ص106.

ويمكن تلخيص تلك النظرية بأن بعض القرارات الإدارية غير المشروعة في الظروف العادية، يعتبرها القضاء مشروعة إذا ما ثبت أنها ضرورية لحماية النظام العام أو لتأمين سير المرافق العامة بسبب حدوث ظروف استثنائية[1] .

هذا ويجدر التنبيه بأن بلورة هذه النظرية على يد القضاء الإداري الفرنسي لا يعني أن النظام القانوني الوضعي في فرنسا يفتقر إلى النصوص التشريعية لمواجهة الظروف الاستثنائية، وكل ما يعني الأمر أن تلك التشريعات ليست بالكفاية التي تسمح بمواجهة هذه الظروف، هذا فضلاً عن أن فرنسا لا تلجأ إلى تلك التشريعات إلا في أحوال استثنائية.

وهكذا تكون النظرية القضائية مفيدة من ناحيتين: الأولى أنها تساعد الإدارة على أداء واجبها إذا لم تحرك الحكومة التشريعات الاستثنائية الخاصة بالتعبئة أو الأحكام العرفية، والثانية أنه حتى إذا أعلنت التعبئة أو الأحكام العرفية، فهذه التشريعات، قد تكشف عن نقص في مواجهة الظروف الاستثنائية[2] .

وبالطبع فقد كانت الحرب العالمية الأولى الظرف المحرك لوضع أسس هذه النظرية، ثم انبرى المجلس لتوسيع وتعميق حدود هذه النظرية وتطبيقها على الظروف العصيبة[3] perivs critiques.

---

[1] د. سليمان الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية، ص118.

[2] المرجع السابق، ص119.

[3] حكم مجلس الدولة الفرنسي: 1924/10/31، قضية cotte، مجلة القانون العام، 1924، ص597، مع مذكرة المفوض Rivet.

ثم خطا المجلس خطوة ثالثة لتطبيقها إذا هددت الدولة بإضراب عام[1] menaces de grève générale.

ولا حاجة للتأكيد بأنه ليس من الضروري أن يكون الظرف الاستثنائي عاماً يشمل الدولة كلها، بل يكفي أن يكون تطبيق المشروعية العادية من شأنه أن يهدد الأمن والنظام العام بأخطار جدية كما هو الشأن بعدم تنفيذ الأحكام القضائية.

والأساس الذي قام مجلس الدولة الفرنسي لهذه النظرية – هو واجبات السلطة الإدارية les devoirs généroux des autorités administratives.

وهذا الأساس أكثر مرونة ويسراً وحيوية من فكرة الضرورة[2] l' etat de necessité.

ومن هنا نرى أن نظرية الظروف الاستثنائية ليست مقصورة على استعمال سلطات البوليس، ولكن مداها أهم من ذلك أي يشمل ضمان استمرار المرافق العامة، وبهذا المعنى يمكن اعتبارها من النتائج المترتبة على مبدأ سير المرافق العامة بانتظام وإطراد[3].

---

[1] حكم المجلس: 1947/4/18، قضية Jarrigion، مجموعة سيري 1947، القسم الثالث، ص33، مع مذكرة Rivero.

[2] د. سليمان الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية، ص120.

[3] المرجع السابق، ص121.

وقريب من هذا الرأي الأخير ما انتهى إليه بالتفصيل الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي في رسالته المقدمة إلى جامعة باريس للحصول على درجة الدكتوراه.

فلقد انتقد هذا الفقيه القضاء الإداري الفرنسي ومثله معه الفقه وعلى رأسهم الفقيه (فالين) صاحب هذه النظرية ومؤسسها على فكرة الضرورة أو سلطات الحرب[1] le théorie des pouvoirs de guerre.

ففي نظر الدكتور فهمي أن قيام النظرية المذكورة على فكرة الضرورة يعني حصرها في مجال الضبط الإداري، وهذا ما فعله الدكتور وحيد رأفت في تسميتها بنظرية الضرورة، وما فعله الدكتور محمد فؤاد مهنا الذي درسها من خلال نظرية السلطة الإدارية[2] .

على هذا الأساس يؤكد الدكتور فهمي أن تلك النظرية ليست جزءاً من نظرية الضبط، وإنما تطبق على كافة موضوعات القانون الإداري، باعتبارها إحدى تطبيقات مبدأ الشرعية، وهو الأمر الذي دفع الفقيه المذكور لأن يطلق عليها تسمية نظرية الظروف الاستثنائية ومبدأ المشروعية[3] .

وفي رأي الدكتور أبو زيد فهمي أن هذا التأسيس يرنو إلى تثبيت مبدأ الشرعية وسيادة القانون حتى في أحلك الظروف، فلا يعود الأمر يقودنا تحت ضغط

---

[1] د. مصطفى أبو زيد فهمي: القضاء الإداري، ط4، 1979، منشأة المعارف الاسكندرية، ص209 وما بعدها.

[2] المرجع السابق، ص209.

[3] المرجع السابق، ص209.

الضـرورة إلى نظـام الدولـة البوليسـية l' Etat de police وحتـى أيضـاً يمكـن الإدارة تمكينـاً مشـروعاً مـن القيـام بأعمالهـا في ظـروف قاسـية، وتحـت رقابـة القضاء[1] .

أمـا الـدكتور فـؤاد عطـار، فيطلـق علـى النظريـة السـالفة الـذكر تسـمية الظروف الاستثنائية والصالح العام.

ويلفت هذا الفقيه انتباهنا إلى مسألة أساسية في الفقه الإسلامي، ألا وهي نظرية المصالح المرسلة التي تقابل في نظره نظرية الظروف الاستثنائية[2] .

وعلى الرغم من الاختلاف في التسمية فالدكتور عطار يؤسس النظرية السالفة الذكر تأسيساً سليماً يقترب التأسيس الذي أقامه الدكتور أبو زيد فهمي.

ففـي نظـر الـدكتور عطـار يجـب علينـا أن نفـترض وجـود قاعـدة تنظـيم القواعـد جميعها، محصلتها وجوب الإبقاء على الدولة، الأمر الذي يستتبع تخويل الحكومة استثناء وفي حال الضـرورة مـن السـلطات ممـا يسـمح لهـا باتخـاذ الإجـراءات الـتي يتطلبـها الموقـف ولـو خالفـت القـانون في مدلولـه اللفظـي مـا دامـت تبغـي الصـالح العام.

وينـبني علـى ذلـك أنـه إذا كـان الهـدف الأسـاس لمبـدأ الشـرعية يتحصـل في قيـام السـلطة التنفيذيـة، بتنفيـذ القـوانين، وإذا كـان الهـدف يتحقـق عـادة في تنفيـذ كـل قـانون، ففـي بعـض الظـروف الاسـتثنائية، قـد تعمـد السـلطة التنفيذيـة إلى تنفيـذ

---

[1] د. مصطفى أبو زيد فهمي: القضاء الإداري، ص210.

[2] د. العطار: القضاء الإداري، القاهرة، دار النهضة العربية، 1966 – 1967، ص85.

بعض القوانين دون البعض الآخر ابتغاء المصلحة العامة التي تعلو المصلحة الفردية، وبالطبع فسلطة الإدارة ليست حرة طليقة، بل يجب أن تقوم حالة واقعية أو قانونية تدعو إلى التدخل وأن يكون تصرفها لازماً بوصفه الوسيلة الوحيدة لمواجهة الموقف والرائد في ذلك المصلحة العامة[1]، وهذا يعني أن مبدأ المشروعية قائم بصفة دائمة ومستمرة سواء في الظروف العادية، أم في الظروف الاستثنائية[2].

وهذا يتطلب «على حد رأي الدكتور محمود حافظ» أن تتعرض البلاد إلى خطر داهم، بسبب اضطرابات داخلية أو حدوث فيضانات وانتشار أوبئة أو غزو خارجي إضافة إلى ذلك أن يستحيل مواجهة هذه الظروف بالأحكام والإجراءات المقررة للظروف العادية، وأن تتخذ السلطة الإجراءات بالقدر الذي تواجه فيه الموقف[3].

والخلاصة أن هذه النظرية تؤسس على توسيع مبدأ المشروعية في الظروف الاستثنائية بحيث تخلع صفة الشرعية على أعمال كانت غير مشروعة في الظروف العادية.

وهذا هو المسلك الذي اتبعه مجلس الدولة الفرنسي متحلياً بالروح الواقعية حيث اعتبر بعض القرارات غير المشروعة في الظروف العادية، اعتبرها مشروعة في

---

[1] د. عطار: القضاء الإداري، ص86.

[2] د. محمود محمد الحافظ: القضاء الإداري في القانون المصري والمقارن، ط4، 1967، القاهرة، دار النهضة العربية، ص44.

[3] المرجع السابق، ص44.

الظروف الاستثنائية وبالتالي رفض إلغاءها إذا كانت لازمة لتأمين النظام العام، وسير المرافق العامة.

على هذا الأساس رفض المجلس إلغاء قرار معيب من حيث الاختصاص competence رغم جسامته نظراً للظروف الاستثنائية[1] .

كما حكم بمشروعية قرار صادر عن المحافظ بوقف عمد دون اتباع الإجراءات الشكلية التي يتطلبها القانون بسبب الظروف الاستثنائية[2] .

وكذلك رفض إلغاء قرارات معينة من حيث الموضوع objet للسبب نفسه ومظهر ذلك إصدار لوائح بوليس تتضمن قيوداً تزيد عما تتطلبه الظروف العادية، كالحجز أو المنع أو الطرد[3] .

ولقد رفض هذا المجلس إلغاء قرارات تتضمن فرض رسوم أكثر من القدر المسموح به عادة[1] .

---

[1] حكم المجلس الصادر في 1946/6/26، قضية vigiuer، مجموعة سيري 1947، القسم الثالث، ص8، 1945/11/9، union Agriede،soe cooperative I، مجموعة سيري، سنة 1946، القسم الثالث، ص89.

[2] حكم المجلس: 1915/7/30، قضية Verrier و 1941/5/16، مجلة القانون العام 1941، ص544.

[3] حكم المجلس: 1915/9/6، قضية Delmotte senmartem، مجموعة سيري 1916، القسم الثالث، ص9.

وأخيراً رفضه اتفاق العمل ببعض الأحكام التشريعية المتعلقة بضمانات الموظفين[2].

وكما قلنا سابقاً فنظرية الظروف الاستثنائية أعم من نظرية الضبط، وإن كانت هذه النظرية الأخيرة عنصراً بارزاً فيها بسبب السمات الخارقة exorbitant لها.

ولقد عدد الدكتور عصفور مظاهر هذه السلطة الخارقة فيما يلي[3]:

1. إصدار لائحة ضبطية دون الاستناد في ذلك إلى نص تشريعي.
2. إصدار قرار إداري فردي لا يستند إلى لائحة، بل بالمخالفة لها.
3. تجاوز الضبط للقانون les deloyation à la loi وهذا التجاوز يأخذ المجالات الآتية:

أ- وقف القانون.

ب-انتهاك القانون violation á la loi.

ولكن هل لهذه النظرية من حد وسقف تقف عنده؟.

---

[1] محكمة التنازع الفرنسية 1944/7/3، قضية soe Rffineries، المجموعة، ص337، وحكم مجلس الدولة الفرنسي: 1943/6/7، قضية leeoq، مجلة القانون العام، 1944، ص332 مع تعليق جيز.

[2] مجلس الدولة الفرنسي، 1918/6/28، قضية Meries، مجموعة سيري، 1923، القسم الثالث، ص49 مع تعليق هوريو.

[3] للتزيد من الموضوع يرجع إلى الضبط الإداري للدكتور عصفور، ص398 وما بعدها.

كان لا بد من الجواب بالإيجاب، لاس يما أنه ليس هنالك معيار قاطع لتحديد الظرف الاستثنائي[1]، ولا سيما أن هذه النظرية تهدر الحريات العامة للفرد وحقوقه، ولا بد من موازنة ذلك بشروط ثقيلة تكيل وتقيد النظرية المذكورة، وهذه الشروط هي:

1. مواجهة الظرف الاستثنائي بالقدر الضروري اللازم.
2. ولهذا فقد حكم مجلس الدولة الفرنسي بعدم مشروعيته قرار صادر عن مدير السين تتضمن فرض قيود على تداول المواد الغذائية لمدة غير محدودة[2].
3. خضوع قرارات الإدارة للرقابة القضائية، حيث يتأكد مجلس الدولة مما إذا كانت الإدارة قد واجهت ظروفاً استثنائية لا يمكن مواجهتها بالشرعية العادية، كما يتأكد مما إذا اقتصرت على القدر الضروري من السلطة لمواجهة الظرف وبالتالي يملك المجلس تقدير ملاءمة القرار لجسامة الحالة الاستثنائية[3].
4. استحقاق المتضرر للتعويض حتى لو حكم المجلس بصحة الإجراءات استناداً إلى قواعد المسؤولية المبنية على المخاطر وتحمل التبعة risqué exceptionnel[4].

---

[1] د. سليمان الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية، ص122.

[2] حكمه الصادر في 1944/5/19، قضية Delle، مجموعة سيري 1945، الفرع الثالث، ص12.

[3] 1946/5/3، قضية Dume veuve goguet، مجموعة سيري 1947، القسم الثالث، ص38.

[4] د. سليمان الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية، ص124.

ونشير استطراداً إلى أن القضاء الإداري في مصر طبق هذه النظرية على حريق القاهرة، ولم تكن الأحكام العرفية قائمة، وهذا يعني أن هذه النظرية في مصر قضائية المنشأ والمحتد[1].

وكان أول حكم صدر في مصر أرسى قواعد بنيان هذه النظرية، وحكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في 1990/4/14[2].

هذه مقدمة مطولة نسبياً كان لا بد منها كإرهاص لتحديد انعكاس آثار النظرية المذكورة على التراخيص الإدارية، فما هو هذا الانعكاس وحدوده ومضمونه؟.

لا بد لتحديد هذا الانعكاس وآثاره من استعراض بعض الأحكام القضائية التي صدرت حول ذلك، وهي هذه الأحكام:

- حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 1952/11/21، المتضمن حق الإدارة في منع الأجنبي من الدخول إلى فرنسا لأسباب تتعلق بالأمن العام مع العلم أن النصوص القائمة لا تخضع الدخول لأية تأشيرة أو تصريح سابق[3].
- حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 1969/10/21 المتضمن: أن تطبيق المعاهدات الدولية المتعلقة بوضع اللاجئين (معاهدة جنيف الصادرة في 1933/10/21 المرسوم 1936/12/31) تحول دون وزير الداخلية من أن يمنع أجنبياً من الخروج من الإقليم الفرنسي لأسباب تتعلق بالنظام العام[4].

---

[1] محكمة القضاء الإداري في مصر، 1954/9/14، س9، ص138.

[2] السنة 7، ص601.

[3] سيري، 1952، القسم الثالث، ص55.

[4] سيري، 1950، القسم الثالث، ص72.

إذاً فمجلس الدولة أتاح للإدارة مخالفة القانون موضوعياً، وبالطبع لا يمكن لهذه الأحكام إلا أن تكون محمولة على فكرة الضرورة، منوهين بأنه ليس بالضرورة أن يتعرض الأمن العام إلى الخطر جراء فرد بذاته، ويبدو أن مجلس الدولة الفرنسي تشدد في هذا الموضوع بسبب كون الفرد أجنبياً.

ولقد أتيح للقضاء الإداري في مصر أن يعتمد هذه النظرية ويوضح ماهيتها وشروط تطبيقها، وفي ذلك تقول محكمة القضاء الإداري: إن هذا الإجراء الخطير الذي يمس حرية الصحافة في الصميم ينبغي أن يستند إلى حالة من الخطورة جد كبيرة تبرز الإلغاء الفوري، أي أن تقوم حالة الضرورة التي تبرر اتخاذ مثل هذا الإجراء، والقضاء العربي مستقراً على أن من حقه أن يبحث في صحة قيام حالة الضرورة هذه والتي استقر على أنها لا تقوم إلا بتوافر أركان أربعة: أن يكون هنالك خطر جسيم مفاجئ يهدد النظام والأمن وأن يكون عمل الضرورة الذي صدر عن الإدارة هو الوسيلة الوحيدة لدفع هذا الخطر وأن يكون هذا العمل لازماً فلا يزيد على ما تقضي به الضرورة وأن يقوم بهذا العمل الموظف المختص.

الرخصة في مجال إحراز الأسلحة والإتجار فيها

وأول ملاحظة نزجيها في هذا المقام هو أننا لم نتناول من هذا الموضوع إلا الجانب الإداري فيه بما يتفق مع وحدة الكتاب، أم الجوانب الأخرى، فقد تناولناها فبالقدر المتيقن البسيط الذي يتصل بالموضوع.

واستناداً إلى ما تقدم فالترخيص بالأسلحة يثير مسائل جزائية سنمسك عن التعرض إليها محيلين القارئ إلى هذه المسائل في مظانها من المراجع المختصة.

وإذا اعتمدنا ملاحظتنا السابقة وهي أنه لكل مجال روح وضمير ومفتاح معين، إذا اعتمدنا ذلك أمكننا القول أن الرخصة الإدارية في هذا المجال تحكمها فكرة حماية النظام العام بدليل أن هذه الرخصة تمنح من قبل وزارة الداخلية في جميع النظم القانونية في العالم.

وباستقراء التشريع الصادر بهذا الخصوص في سوريا ومصر نجد التقارب الكبير في التنظيمين رغم أن هنالك تعديلات متعددة على هذه النظم.

ولعل أول ملاحظة نبديها في هذا المقام هو تلك الصلاحيات الواسعة التي يمتلكها وزير الداخلية في المنح والمنع، وإن كان التشريع المصري يفرض على وزير الداخلية أن يسبب القرار في حال رفض منح الترخيص أو سحبه أو إلغائه، في حين أن تشريعنا السوري يفتقر إلى ذلك وهو تشدد لا مبرر ويضع سلطات وزير الداخلية في موقعية التحكم arbitraire، مع العلم ان عدم تسبيب القرار كإجراء شكلي لا يعني افتقار القرار إلى سببه كعنصر موضوعي وركن في القرار.

ولقد سبق القول بأن وزير الداخلية في فرنسا لا يمتلك إلا سلطة مقيدة في منح الرخص المتعلقة بالأسلحة وهذا يعني أن هنالك بوناً شاسعاً بين النظرة الفرنسية لحماية المجتمع والنظرتين السورية والمصرية.

وهنا يصبح التساؤل عن الغاية التي تكمن وراء حظر حمل السلاح، وهل هي حماية النظام العام، وما هو ذياك النظام العام المطلوب حمايته هل هو نظام عام الجماعة أم السلطة؟.

إن نظام عام الجماعة بالمدلول القانوني يعني قوام المجتمع وأساسياته المادية والمعنوية والاقتصادية وغير ذلك.

وبالرجوع إلى قانون الأسلحة والذخائر في سورية رقم 403 الصادر في 1957/5/26 وتعديلاته وشقيقه المصري رقم 394 لعام 1954 وتعديلاته نرى أن هذين القانونين يوغلان إلى التفصيلات والمخاوف التي لا تمت إلى أمن الجماعة بصلة.

والسؤال المطروح هو: ما علاقة أسلحة الصيد بأمن الجماعة، ثم ما علاقة نصل الموس إذا كان أكثر من عشر سنتيمترات بذلك[1].

وأخيراً كيف يؤكد تشريعنا الجزائي أن (نصلة موس الحلاقة) تعتبر سلاحاً، ثم يعاقب على حملها ويوجب مصادرتها[2].

والأمثلة كثيرة على ذلك، وهو إن دل فإنما يدل على أن أمن الجماعة المحصن بالشرطة وبالجيش لا يمكن أن يقلب توازنه شخص بمفرده مهما كان هذا الشخص يملك من أسباب القوة، وهذا هو رأي القضاء الإداري المصري في قضية فؤاد سراج الدين المشهورة، حيث أكد هذا القضاء بأن لا مبرر لحجز حرية سراج الدين لصالح قانون الطوارئ إذ لا يمكن أن يكون هذا الشخص بمفرده سبباً لتهديد أمن الدولة بالخطر.

---

[1] يعتبر سلاحاً في التشريع السوري إذا اقترن بهذا الوصف انظر مجموعة الدركزلي الجزائية، قاعدة رقم 1705، حكم جنحة رقم 343، قرار 284، تاريخ 1964/10/21.

[2] مجموعة القوانين الجزائية الخاصة، ج1، مجموعة استانبولي، ص334.

ومثال آخر نضربه على ذلك هو أن القانون المصري يحظر منح الرخصة لمن تقل سنه عن واحد وعشرين سنة.

والسؤال المطروح هو: كيف تعطي القوانين للمواطن أن يمارس حقه الدستوري أي باختيار الدستور الذي هو قوام المجتمع ثم لا تسمح له أن يستحصل على رخصة تتعلق بسلاح للصيد ألسنا هنا حيال مفارقة كبيرة.

لا يتسع المجال لتفنيد محتوى نظام منح الرخص المتعلقة بالصيد في كل من سوريا ومصر وحسبنا للفائدة العملية أن نعرض لبعض أقضية المحاكم الإدارية المتعلقة في هذا الموضوع:

1- سلطة الإدارة التقديرية الواسعة في سحب الترخيص:

والمستفاد من النصوص القانونية في التشريعين السوري والمصري أناط بجهة الإدارة سلطة تقديرية واسعة النطاق في مجال الترخيص بحيازة الأسلحة النارية، وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في مصر بأنه يجوز للإدارة (سحب الترخيص أو إلغاؤه حسبما تراه كفيلاً بحماية المجتمع واستتباب الأمن العام بما لا يترتب عليه أي حق لصاحب الشأن).

2- شرط حسن السمعة:

تضمن القانون رقم 394 لسنة 1954 (مصر) المعدل بالقانون رقم 165 لسنة 1981 أنه لا يجوز منح الترخيص بحيازة السلاح إلى الفئات المنصوص عليها فيه ومنهم المشتبه فيهم نظراً لفقدهم شرط حسن السمعة.

كما أوجب المشرع في هذا النص إلغاء الترخيص متى أصبح المرخص له من المشتبه بهم الأمر الذي بقي أن شرط حسن السمعة ليس شرط ابتداء فحسب، وإنما هو شرط بقاء يجب أن يستمر قائماً خلال فترة صلاحية الترخيص، فإذا افتقده

المرخص له أثناء مدة الصلاحية كان للإدارة أن تلغي الترخيص ولا يلزم في ذلك أن تصدر أحكام جنائية بإدانته بل يكفي مجرد الانتباه وفق حسن السمعة.

وهذا ما أكدته المادة 13 من القانون الصادر في سوريا برقم 403 تاريخ 1957/5/26، فقد اشترطت للحصول على الرخصة أن يكون الطالب غير محكوم بالحرمان من الحقوق المدنية أو بجناية غير سياسية أو بجرم شائن وبالطبع فشرط الابتداء في التشريع السوري هو شرط مآل وبقاء، وبالتالي فإذا ما اقترن بالمرخص له وصف من الجرائم الآنفة الذكر جاز للجهة الإدارية المختصة سحب الترخيص.

وتطبيقاً لذلك فمتى كان الثابت أن القرار المطعون فيه الصادر بإلغاء الترخيص الممنوح للمدعي بحمل السلاح، قد صدر استناداً إلى التحريات التي أجرتها أجهزة البحث والرقابة التي أفصحت عن أنه يقوم بجلب المخدرات وترويجها وله نشاط واسع وشهرة في هذا المجال بصورة أدت إلى وضع بطاقة شهرة إجرامية له بقسم مكافحة المخدرات، وأنه بهذه المثابة أصبح من عداد المشتبه فيهم ممن يزاولون هذا النشاط، الأمر الذي أفقده شرط حسن السمعة، فإنه من ثم يكون للجهة الإدارية بحق إلغاء الترخيص الممنوح له بحمل السلاح حماية الأمن العام، ويضحي قرارها في هذا الشأن قائماً على سببه الصحيح المبر له قانوناً.

على أنه إذا كان المشرع قد منح جهة الإدارة سلطة تقديرية واسعة النطاق في مجال الترخيص في حيازة الأسلحة النارية، فيجوز لها رفض منح الترخيص أو تجديده أو سحبه أو إلغائه باعتبار ذلك من الملاءمات المتروكة لتقديرها حسبما تراه كفيلاً بحماية المجتمع واستتباب الأمن العام، فإنه نجدها في أعمال سلطتها التقديرية بوجوب تسبيب قراراتها في هذا الشأن، كما تجد سلطتها التقديرية إذا

ما توافرت حالة من الحالات المنصوص عليها في المادة السابعة من القانون رقم 394 لسنة 1954 المشار إليها إذا وجب عليها رفض الترخيص أو رفض تجديده، فإذا قامت بطالب الترخيص أو التجديد إحدى تلك الحالات، فإنه يتعين عليها رفض طلبه دون أن يكون لها سلطة تقديرية في ذلك، ومن أمثلة ذلك أن يكون طالب الترخيص أو التجديد قد حكم بعقوبة جنائية أو بعقوبة الحبس لمدة سنة واحدة على الأقل في جريمة من جرائم الاعتداء على النفس أو المال أو العرض[1] .

وفي حكم آخر للمحكمة الإدارية العليا في مصر، قالت فيه هذه المحكمة[2]: لا ينال من القرار الصادر بسحب الترخيص أن تكون جهة الإدارة قد تقدمت بمذكرة صادرة عن المباحث الجنائية سطرت بحجة رفع الدعوى، ما دامت الاعتبارات التي استندت إليها جهة الإدارة والملابسات التي بنت عليها تقديرها وأعملت في شأنها ميزانها كانت يوم صدور القرار قائمة وملحوظة وما المذكرة المشار إليها إلا تسجيل كاشف لما سبق أن طرأ على حالة المدعي من أطوار بعد أن كانت جهة الإدارة قد رخصت له حمل السلاح وجددت له الترخيص فترة أخرى تبين للإدارة خلالها أنه غير جدير باطمئنانها لإحرازه هذا السلاح وحمله، فبات لزاماً عليها إعمالاً لحكم القانون في نطاق مسؤوليتها أن تسارع إلى إلغاء الترخيص وسحب السلاح، وليس في الأوراق دليل على تحامل جهة الإدارة ضده أو معه بعد أن بادرت إلى إجابة طلبه عند الترخيص وعند التجديد إلى أن طرأ الانحراف على تصرفاته وبانت عليه سرعة الانفعال لأتفه الأسباب وتخلى عن الاتزان المنشود بعد أن حمل بالفعل السلاح وإذا قام قرارها المطعون فيه على

---

[1] حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر، الطعن رقم 1293، لسنة 28 قضائية.

[2] الطعن رقم 524، لسنة 7 قضائية، جلسة 1963/11/9.

سببه المبرر له قانوناً والمستمد من أصول ثابتة في الأوراق، فإنه يكون صحيحاً بمعصم عن الإلغاء وقد برئ من إساءة استعمال السلطة.

وفي حكم ثالث تقول المحكمة المذكورة[1]: يلزم طبقاً لحكم المادة 12 من القانون الحصول على ترخيص خاص من وزير الداخلية أو من ينيبه للإتجار في الأسلحة والذخائر توافر شروط الأمن إذا نصت على أنه: (لا يجوز بغير ترخيص خاص من وزير الداخلية أو من ينيبه عنه استيراد الأسلحة المنصوص عليها في المادة الأولى وذخائرها والإتجار بها أو إصلاحها ويبين في الترخيص مكان سريانه ولا يجوز النزول عنه، ولوزير الداخلية أو من ينيبه عنه رفض إعطائه، كما له تقصير مدته أو قصره على أنواع معينة من الأسلحة والذخائر أو تقيده بما يراه من شروط لمصلحة الأمن العام وله سحبه في أي وقت أو إلغاؤه على أن يكون قراراه في حالتي السحب أو الإلغاء مسبباً).

ومفاد هذا النص أن جهة الإدارة تتمتع في منح هذا الترخيص بسلطة تقديرية حماية للمجتمع ووقاية للأمن العام، فلا معقب عليها طالما خلت من إساءة استعمال السلطة واستهدفت الصالح العام، وبالتالي فإن قرارها برفض منح ذلك الترخيص لتخلف شروط الأمن العام يكون مطابقاً للقانون.

---

[1] الطعن رقم 750، لسنة 28 قضائية، جلسة 1985/3/30م.

رخصة البناء

لا يتسع المجال هنا لتقديم دراسة مسهبة عن هذا النوع من الرخص، وحسبنا تقديم الملاحظات الآتية:

1- سلطة الإدارة المقيدة:

والحكمة البالغة من سيادة السلطة المقيدة في هذا المجال تكمن بأن حق الملكية هو من أهم الحقوق الدستورية، بل إن جميع ما في النظام القانوني من قواعد إنما يرتد إلى احترام وصيانة الحرية والملكية.

ويترتب على ذلك نتيجة هامة هي أنه إذا كان الدستور يعلي من شأن الملكية، فكيف بالإمكان تعطيل هذا الحق بإجراءات تعطي للإدارة به عن طريق سلطة تقديرية جوازية.

لذلك لم يكن هنالك مجال إلا القول بأن تنظيم دينامية حق الملكية لا يمكن أن يتم إلا عن طريق قواعد إجرائية عامة ومجردة تخاطب الناس بصفاتهم لا بذواتهم، وفي الآن نفسه تعطي الإدارة سلطة مقيدة liée بمنح الرخصة إذا ما تحققت شروط معينة يحددها القانون.

وهذا هو مسلك النظام العمراني في سوريا الصادر بالقرار رقم/350/م.ت لعام 1978 إذ جدد مدة أقصاها شهران للبت في الرخصة مع ضرورة إعطائها إذا ما استكملت الشروط القانونية، كما ألزم الإدارة في حال الرفض ضرورة تسبيب قرارها.

2- الإدارة الضمنية:

ولقد عرضنا سابقاً لرأي الفقيه اليوناني "ستاسينوبولس" حول وجود إرادة ضمنية للإدارة في حال قيام المالك بإقامة بناء ثم مرور مدة على ذلك، وعلى مرأى من الإدارة دون أي اعتراض منها وشريطة أن يكون هذا البناء لا يتعارض مع لوائح البناء.

وفضلاً عن ذلك فالتشريع المصري أقام قرينة قانونية حكمية مفترضة بقبول الإدارة بمنح الرخصة[1]، وذلك إذا ما تقدم طالب الترخيص بالأوراق المطلوبة دون أن تجيبه الإدارة المختصة خلال ثلاثين يوماً بالرفض أو بطلب استيفاء بعض البيانات أو المستندات.

أما المحكمة الإدارية العليا في سوريا فقد اعتبرت سكوت الإدارة وعدم إجابتها خلال شهرين بعد تقديم الطلب، اعتبرت ذلك قراراً ضمنياً[2]، وفي رأينا أن السكوت هنا يعتبر قراراً حكمياً لا ضمنياً باعتبارنا هنا أمام تنظيم قانوني أما الإدارة الضمنية فتظهر في كل حال سواء أكانت منظمة من القانون أو لا، كل ما هنالك فهذه الإدارة تستخلص من سلوك الإدارة الضمني.

3- الأهداف التي تحميها الرخصة الإدارية لبناء:

قلنا سابقاً أن سلطة الإدارة مقيدة بالنسبة للأهداف، والإدارة لا تستطيع أن تتلمس أهدافاً خارج ما يرسمه لها الشرع، كل ذلك تحت طائلة الانحراف عن مبدأ تخصيص الأهداف.

---

[1] د. أحمد محمود جمعة: اختصاص القضاء الإداري بالمنازعات الادارية للأفراد و تطبيقاتها في العمل، ص169.

[2] حكم المحكمة الإدارية العليا في القضية رقم 85 لعام 1989، قرار رقم 449 تاريخ 1989/12/18، منشور في مجلة المحامين لعام 1989، ص827.

وهدف رخص البناء كما هو معلوم يدور في فلك حماية الصحة العامة إضافة إلى جمال الرواء، وبالتالي فالإدارة لا تستطيع أن تحمل رخصة البناء معنى أو سبباً أو هدفاً أو مناطاً يخرج عن إطار هذين الهدفين.

وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في مصر بقولها : إن اختصاص الجهة المختصة بشؤون التنظيم إنما هو اختصاص مقيد ومخصص الأهداف بالنظر إلى أن الهدف الذي ابتغاه المشرع.

من اشتراط الحصول على ترخيص هو التحقق من مطابقة المباني والأعمال للأصول الفنية والهندسية والمواصفات العامة في المجالات المعمارية والإنشائية، وذلك في ضوء المستندات والرسومات فإذا ما ثبت لجهة الإدارة مطابقة ذلك لأحكام القانون ولائحته التنفيذية والقرارات المنفذة له وجب عليها إصدار الترخيص المطلوب بعد مراجعته واعتماد الرسومات وصورها ، وذلك خلال ستين يوماً من تاريخ تقديم طلب الترخيص، بما مؤداه أنه لا يجوز لجهة الإدارة أن ترفض منح الترخيص لأسباب أخرى لا يدخل تقديرها في مجال اختصاصها[1].

4- الترخيص وحقوق ذوي الشأن:

نصت المادة العاشرة من القانون رقم 106 لسنة 1976 (مصر) المتعلقة بالأرض على ما يلي:

يكون طالب الترخيص مسؤولاً عما يقدمه من بيانات متعلقة بملكية الأرض المبنية في طلب الترخيص، وفي جميع الأحوال لا يترتب على منح الترخيص أو تجديده أي مساس بحقوق ذوي الشأن المتعلقة بهذه الأرض.

---

[1] حكمها الصادر في الطعن رقم 176، لسنة 27 قضائية، جلسة 1985/1/19.

وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في مصر بقولها: والأصل أن الترخيص لم يشرع لإثبات حقوق ذوي الشأن المتعلقة بملكية الأرض موضوع الترخيص وإقرارها، لأنه يستهدف أصلاً – مطابقة مشروع البناء وتعميمه لأحكام واشتراطات تنظيم المباني ومخططات المدن، وما يقترن من الأصول والقواعد الفنية[1].

كما أن هذه المحكمة أكدت في حكم آخر عدم ضرورة أن يوقع على طلب الرخصة من المالك تقول هذه المحكمة: ومن ثم فإنه لا يستلزم في طلب رخصة البناء أن يكون موقعاً عليه من مالك الأرض ما دام أن الترخيص يصرف تحت مسؤولية مقدمة، ولا يمس بحال حقوق ذوي الشأن المتعلقة بملكية الأرض، والتي لم يشرع الترخيص لإثباتها، وهذه القاعدة يعمل بها طالما أن طلب الترخيص لا تعتوره شكوك ظاهرة أو منازعات بالبناء من جانب بعض الملاك على الشيوع للأرض موضوع النزاع، فإذا صدر الترخيص على هذا الأساس فلا يكون مخالفاً للقانون لأنه لا يكون قد منح إلى شخص يتجرد من حق البناء على هذه الأرض، وبالتالي لا يكون الطعن عليه من باقي الملاك المشاعين في غير محله قانوناً[2].

ولا حاجة للتأكيد بأن تشريعنا السوري حسم الموضوع واشترط في طلبات رخص البناء موافقة المالك.

5- تجديد الترخيص:

نصت المادة التاسعة من القانون رقم 106 لسنة 1976 على ما يلي:

[1] حكمها الصادر في الطعن رقم 973، لسنة 25 قضائية، جلسة 1985/2/23.

[2] حكمها الصادر في الطعن رقم 318، لسنة 27 قضائية، جلسة 1984/1/14.

إذا مضت سنة واحدة على منح الترخيص دون أن يشرع صاحب الشأن في تنفيذ الأعمال المرخص فيها، وجب عليه تجديد الترخيص، ويكون التجديد لمدة سنة واحدة فقط تبدأ من انقضاء السنة الأولى في تقديم طلب التجديد.

وفي تطبيق هذه المادة لا لا يعتبر شروعاً في التنفيذ إتمام أعمال الحفر الخاصة بالأساسات.

والواضح من هذا النص «والكلام للدكتور جمعة» أن مجال إعماله من حيث وجوب تجديد الترخيص هو أن يقتصر على من لم يشرع أصلاً في تنفيذ الأعمال المرخص له بها خلال مدة السنة المحددة في النص، أما من شرع فعلاً في التنفيذ، فلا حجة عليه في استكمال تنفيذ الأعمال المرخص له بها بعد انقضاء تلك المدة، ويظل الترخيص في هذه الحال ساري المفعول لحين الانتهاء من أعمال التنفيذ، مع مراعاة أن إتمام أعمال الحفر الخاصة بالأساسات لا يعتبر بحسب ما نصت عليه صراحة الفقرة الثانية من المادة التاسعة السالفة الذكر شروعاً في التنفيذ بالمفهوم المقصود في هذه المادة[1].

6- البناء على أرض لم يصدر بشأنها مشروع تقسيم وبدون الحصول على ترخيص:

المقصود بتقسيم الأرض كل تجزئة لقطعة أرض داخل نطاق المدن إلى أكثر من قطعتين كما يعتبر تقسيماً إقامة أكثر من مبنى واحد وملحقاته على قطعة الأرض، سواءاً أكانت هذه المباني متصلة أم منفصلة[2].

---

[1] الدكتور أحمد محمود جمعة: اختصاص القضاء الإداري بالمنازعات الادارية للأفراد وتطبيقاتها في العمل، ص170.

[2] المادة 11 من القانون رقم 3 الصادر في مصر لسنة 1982.

ولقد نصت المادة 12 من القانون رقم 3 لسنة 1982 (مصر) بأنه لا يجوز تنفيذ مشروع تقسيم أو إدخال تعديل في تقسيم معتمد أو قائم إلا بعد اعتماده وفقاً للشروط والأوضاع المنصوص عليها في هذا القانون.

ونصت المادة 25 من هذا القانون على أنه يحظر إقامة مبان أو تنفيذ أعمال على قطع أراضي التقسيم أن إصدار تراخيص بالبناء عليها إلا بعد استيفاء الشروط المبينة في المواد السابقة، وقيام المقسم بتنفيذ المرافق العامة أو أدائه نفقات إنشاء هذه المرافق إلى الجهة الإدارية المختصة بشؤون التخطيط والتنظيم بالوحدة المحلية.

ولقد تضمنت المادة 67 من القانون الآنف الذكر عقوبات تتراوح بين سدد الرسوم المقررة أو وقف الأعمال أو إزالة أو تصحيح الأعمال المخالفة وفي هذه الحال الأخيرة (التعديل أو الإزالة) تحال المخالفة إلى لجنة التظلمات التي تقضي بالإزالة خلال أسبوعين وتكون قرارات هذه اللجنة قابلة للاعتراض أمام لجنة الاعتراض، وذلك خلال ستين يوماً وهذه اللجنة تشكل من رئيس محكمة وعضوية مدير الإسكان واثنين من أهالي المحافظة يختارهم المجلس لمدة سنتين قابلة للتجديد مرة واحدة واثنين من المهندسين أحدهما معماري أو مهندس تخطيط والآخر مدني، ويشترط لصحة انعقاد اللجنة حضور رئيسها وثلاثة على الأقل من أعضائها من بينهم اثنان من المهندسين، وتصدر قراراتها بأغلبية أصوات الحاضرين وعند تساوي الأصوات يرجع الجانب الذي فيه الرئيس.

ولقد استقر قضاء محكمة النقض المدنية على أن جريمة إقامة بناء بغير ترخيص على أرض لم يصدر قرار بتقسيمها قوامها فعال مادي واحد باعتبار أن إقامة

البناء بغير ترخيص وإقامته على أرض غير مقسمة طبقاً للقانون تجمعهما واقعة مادية واحدة هي فعل البناء[1].

كما استقر قضاء هذه المحكمة على أن مجال تطبيق تقسيم الأراضي المعدة للبناء قاصر بالنسبة للمباني التي تقام على الأرض أي حين إقامته على الطابق الأرضي فلا انطباق له على المباني البعيدة عن الطابق الأرضي، وفي طابق تال له[2].

وبالطبع فنحن لم نعرض للتنظيم المصري إلا لغاية محددة وهي تمكيننا من إعطاء نظرة مقارنة مع تشريعنا السوري، هذا فضلاً عن تلمسنا للأسس العامة التي تحكم هذا النشاط الإنساني من التنويه بأن التشريع السوري العمراني يحظر إقامة بناء دون ترخيص ويعطي الإدارة حق هدم البناء وأن مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري هو المختص بنظر التظلم من قرار الهدم، أو الطعن منه، وينظر طلب التعويض عنه[3].

ويتضح مما تقدم أن الغاية من الرخصة هي حرص السلطة الإدارية على أن تكون الأعمال متفقة مع المخططات والتنظيمات والأصول الفنية التي تعتمدها الإدارة وهو وصف لا يزيل الرخصة ولا ينصرف عنها حتى ولو أقام المالك البناء دون رخصة، إذ العبرة تتوطد وتتمكن في هذه المطابقة مع الأصول الفنية للتنظيم العمراني حسب رأي المحكمة الإدارية العليا في مصر السالفة الإشارة إليه.

---

[1] حكمها الصادر في 1976/1/11، السنة 27، ص83، وحكمها الصادر في الطعن رقم 53 لسنة 37 قضائية، جلسة 1967/4/10، السنة 18، ص512.

[2] حكمها الصادر في الطعن رقم 1182، لسنة 34 قضائية، جلسة 1964/12/15.

[3] حكم محكمة النقض السورية في القضية رقم 895 لعام 1980، الحكم رقم 542، لعام 1982 تاريخ 1982/3/29، منشور في مجلة المحامين لعام 1982، ص1112.

ما هو موقف تشريعنا السوري

بالرجوع إلى الكتلة النصية للتنظيم البنائي نجد أن هذه الكتلة تقوم على محور أساس هو القانون رقم 44 الصادر في 1960/2/11، وقد تفرع على هذا مجموعة كبيرة من القرارات الصادرة عن مختلف بلديات القطر.

وعلى سبيل المثال فأمانة عاصمة دمشق كانت فد فرعت على القانون رقم 44 مجموعة من القرارات التنظيمية هي: القرار رقم 1029 لعام 1969 المعدل بالقرار رقم 42 لعام 1976 وبالقرار رقم 96 لعام 1976 وبالقرار رقم 734 لعام 1980 وبالقرار رقم 53 لعام 1979 والمتلمس لقرارات أمانة عاصمة دمشق يتأكد له أنها محاولات لاستشفاف المخالفات لأحكام المادة الأولى من القانون رقم 44 تلك المادة التي حددت إزالة المخالفات بالطريق الإداري ضمن الشروط الآتية:

1. التجاوز على التخطيط المصدق.
2. وقوع البناء ضمن الأملاك العامة أو التجاوز عليها.
3. أن يكون البناء مشوهاً للمنظر العام.
4. ألا يكون حائزاً على المتانة الكافية بحالة قد يتعرض فيها للانهيار وذلك بالاستناد إلى تقرير الدائرة الفنية.

وغني عن البيان أن التعديلات التي لجأت إليها أمانة عاصمة دمشق ومثلها معها من بلديات القطر إنما هي وليدة تجربتها اليومية وحركة تفاعلها الحية مع الحياة، وهي تجربة لا يمكن وصفها إلا بالغنى والثراء.

ومع ذلك، ألا تمثل هذه التجربة نظرة أحادية للحياة، وبالتالي كم هي النتائج الوخيمة المتأتاة عن النظرة القطبية الواحدة والوحيدة؟؟.

فعلى سبيل المثال تنص الفقرة/أ/من المادة الأولى من القانون 44 على الإزالة بالهدم إذا كان البناء غير حائز على المتانة الكافية بحالة قد يتعرض معها للانهيار.

والسؤال المطروح هو: ما هو الضابط لوضع هذه الفقرة موضع التطبيق، وهل يصح معه انفراد الإدارة بذلك، وهل يجب إدخال عنصر قضائي في اللجنة، إضافة إلى عناصر تمثل المواطنين أصحاب العلاقة حتى تتم الموازنة بين الفعاليات؟.

ومن جهة أخرى فبلديات القطر أصدرت قمطراً من التعليمات وأكداساً وترسانة من الأوامر.

والسؤال المطروح هو: هل الحس التاريخي والتجربة الإنسانية الكبرى تولي الثقة دون قيد أو شرط بالبيروقراطية أم العكس؟.

وهذا هو منحى نظام البناء في سوريا بالقرار رقم 35/م.ت لعام 1978 المعتمد بموجب القرار 278/م.ت تاريخ 1978/5/27 وقد حددت المادة الثالثة منه مطابقة الرخصة للمخطط والقواعد الفنية وهذا هو حكم المحكمة الإدارية العليا في سوريا رقم 180 لعام 1987 تاريخ 1987/12/7، الطعن رقم 261 المتضمن ما يلي:

إن أي رخصة إنما يخضع تنفيذها إلى شروط ورقابة اللجنة الإدارية المختصة للتحقق من إنشاء البناء وفقاً لمضمون الرخصة والمخطط ومصور الوجائب وأحكم نظام البناء النافذ.

كم هي الآلام التي عانتها الإنسانية من هذه الظاهرة المرضية؟؟.
لنعد مرة أخرى إلى مبدأ توازن الفعاليات الإنسانية الذي هو سر انطلاق أية حضارة إنسانية، هذا المبدأ يجد له تطبيقات لا حصر لها لا سيما فيما يتعلق بقطبي السلطة والحرية، السلطة وحقوق الأفراد.
ومن تطبيقات ذلك مطابقة الأعيان للأذهان أو العكس ومظهر ذلك أن يناط بمجلس الدولة تقديم تقرير سنوي عن إمكان فساد القوانين والصعوبات التطبيقية التي تعترضها.

وبالعكس فقد تتفتق عن إرادة الإدارة تجربة حية حيث تتمتع الإدارة بفاعلية بارزة ومع ذلك فهل يجوز ترك هذه الفاعلية دون تقنين، وهل يمكن الرنو النهائي لتجربة الإدارة، ألا يقودنا ذلك إلى دولة الإدارة؟؟.

حيال كل ذلك فالأفضل استقطاب كافة تجارب بلديات القطر وطرح ذلك على مجلس الشعب لاعتماد هذه التجربة بصورة نهائية بعد أن تمر هذه التجربة في أمبيق الإرادة العامة (مجلس الشعب) وفي آلية مصفاته وهذا ما يضع شكيمة وكابحاً على تصرف الإدارة ويحقق التوازن بين الفعاليات هذا فضلاً عن أنه يوفر على القضاء مونة الرقابة الواسعة على أعمال الإدارة.

قرار اعتماد التقسيم

ما هي طبيعة اعتماد قرار التقسيم، وهل هو قرار إداري فردي، أم العكس؟؟.

في الحقيقة إن هذا القرار وبما يفرضه من أوضاع على المقسم والمتعاملين مع قطع التقسيم ليس في طبيعته قراراً تنظيمياً عاماً يكفي نشره في الجريدة الرسمية حتى تتوفر القرينة القانونية على العلم به، بل إن هذا القرار أقرب إلى القرارات الفردية التي تنتج أثراً خاصاً مستحدثاً في النظام القانوني لأنه يمس المركز القانوني الذاتي للمالك أو المستأجر.

وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في مصر بقولها : إن علم ذوي الشأن بأثر هذا القرار على مراكزهم القانونية لا يتحقق بمجرد نشره في الوقائع المصرية، ومن ثم تقبل الدعوى بطلب إلغائه متى خلت الأوراق، مما يفيد إعلان المدعي بالقرار المطعون فيه أو علمه بمحتوياته علماً يقيناً[1].

7- صدور حكم جزائي بإلزام صاحب العلاقة بدفع الرسوم:

هذا الحكم لا ينشئ للمحكوم عليه حقاً في الترخيص لأن الترخيص رهين باستيفاء الشروط والأوضاع التي يتطلبها القانون[2].

---

[1] حكمها في الطعن رقم 1871، لسنة 27 قضائية، جلسة 1984/1/14.

[2] حكم محكمة القضاء الإداري في مصر القضية رقم 232، لسنة 15 قضائية، جلسة 1964/2/25.

مخالفة الارتداد بواجهة البناء عن خط التنظيم

أشرنا سابقاً إلى الفقرة الأولى من المادة الأولى من الفقرة رقم 44 الذي تحظر التجاوز على التخطيط المصدق.

ومن المسائل التي يمكن أن تثار في هذا المجال أن يدعي صاحب الشأن، بأن البروز الواردة على خط التنظيم إنما تدخل في ملكه الخاص، ذلك أن هذا الادعاء مجاله الطعن بالقرار الصادر باعتماد تقسيم الأرض المتضمن تحديد خطوط التنظيم وسواء أكانت أرض صاحب الشأن ضمن قطع التقسيم، أم كانت مجاورة لقطع التقسيم الذي صدر القرار المطعون فيه باعتماده[1].

كما لا يشترط أن يكون حد الطريق (وهو الخط الذي يحدد عرض الطريق سواء أكان عاماً أم خاصاً)، معتمداً بخط تنظيم متى كان الجزء الواقع عليه التعدي بالبناء فيه مخصصاً بالفعل للمنفعة العامة، إذ يعتبر هذا الجزء داخلاً ضمن أملاك الدولة العامة[2].

فإذا كان الجزء الذي صار التعدي عليه بالبناء لا يدخل في أملاك المدعي الخاصة ولم ترخص له جهة الإدارة بالبناء منه، فإنه لا تثريب على جهة الإدارة إن هي أصدرت قرارها بإزالة التعدي[3].

---

[1] د. أحمد محمود جمعة: اختصاص القضاء الإداري بالمنازعات الادارية للأفراد و تطبيقاتها في العمل، ص183.

[2] المرجع السابق، ص183.

[3] المرجع السابق، ص183.

الارتداد بواجهة البناء عن خط التنظيم

لا ريب أن على كل ذي علاقة أن يرتد بواجهة البناء عن حد الطريق بمسافة محددة تحددها القواعد التنظيمية.

ويصدف أن تقوم الإدارة بتعديل خط التنظيم قبل أن يبني صاحب العلاقة، في هذه الحال يجب أن يكون ارتفاع واجهة البناء العائد له يخضع لأساس خط التنظيم المعدل، وليس على أساس خط التنظيم قبل تعديله، بمعنى أنه كان على صاحب الشأن أن يرتد بواجهة البناء عن حد الطريق كما عليه أن يقيم ارتفاع واجهة البناء المطلة على الطريق بالاعتداد بخط التنظيم المعدل[1].

وبيان ذلك أن خط التنظيم بمثابة قاعدة فعالة حيث وجدت في حال الديناميية والحركة أي إذا طبقت على الواقع انطباقاً فردياً أو هنا لم يقم صاحب الشأن بالبناء أي بقي خط التنظيم في حال الستاتيكية دون أن يعطي صاحب العلاقة مركزاً قانونياً والإدارة كما هو معلوم تستطيع أن تلغي القواعد العامة المجردة (اللوائح) في أية لحظة لأن هذه القواعد لم تنتج أي أثر في مواجهة الأفراد.

وقريب من ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا في سوريا المتضمن أن وقف العمل في البناء المرخص في إنشائه أو تعديل الرخصة السابق منحها القرار الصادر بذلك عن رئيس المجلس البلدي بناء على توجيه وزير الشؤون البلدية والفردية هو قرار صادر عن مختص.

---

[1] مجموعة رقم 1960 – 1964، ص69، قاعدة 55.

البناء ‌في زوائد التنظيم

هل يمكن البناء ‌في زوائد التنظيم؟.

على ذلك تجيب المحكمة الإدارية العليا ‌في مصر بقولها : فإذا ثبت للجهة الإدارية من المعاينة على الطبيعة التي أجرتها أن صاحب الترخيص قد قام بالبناء ‌في سعة الشارع باعتباره زوائد تنظيم، ونبهت عليه بأن يتعهد بعدم البناء على زوائد التنظيم مراعاة لاعتبارات المرور العام، غير أنه على الرغم من تعهده قام بالبناء على زوائد التنظيم، فأصدرت الجهة الإدارية قراراً بوقف الأعمال ‌في هذا الجزء مع التنبيه على المخالف بالبناء على حد ملكية السابق تحديده بالترخيص وبعدم استعمال زوائد التنظيم وذلك للصالح العام، فإنها على هذا الوجه قد أعملت صحيح حكم القانون، ولا وجه لما يتحدى به صاحب الترخيص بقوله إن هذا القرار قد أهدر حق ملكيته ‌في زوائد التنظيم لأنه كان قد اشتراها من قبل صدوره ودخلت على هذا الأساس ‌في ملكيته الخاصة، وبالتالي يحق له أن يقوم بالبناء عليها، فإن ما يتحدى به صاحب الترخيص ‌في هذا الحال على هذا الوجه مردود عليه بأنه يجوز دائماً تعديل خطوط التنظيم بما يتفق مع الصالح العام ‌في أي وقت مع تعويض أصحاب الشأن.

وفضلاً عن ذلك فالأصل أن الترخيص لا يمنح إلا إذا كانت الرسوم الهندسية لا تتعارض مع المصلحة العامة، وليس من شك أن اعتبارات المرور العام تقتضي دائماً حظر البناء ‌في زوائد التنظيم إذ لا يمكن التنبؤ سلفاً بأن حركة المرور ‌في شارع معين قد لا تزداد ‌في المستقبل، ولذلك فإن يكون من الأحوط عدم التصريح بالبناء ‌في زوائد التنظيم.

على أن حظر إجراء أعمال البناء في الأجزاء البارزة عن خطوط التنظيم كما ينطبق على المباني التي يقيمها المالك الأصلي في تلك الأجزاء، ينطبق أيضاً على من كان له عليها حق انتفاع فقط[1].

الرخصة والتقيد بالتنظيمات التي تحمي الآثار

لا حاجة للتدليل بأن ما من دولة إلا وتعتمد كتلة من النصوص لحماية الآثار على إقليمها باعتبارها ركناً ركيناً للتعبير عن كيانها التاريخي وعن إرثها الإنساني.
وهكذا فالنظام القانوني كثيراً ما يتضمن شروطاً محددة تقيد رخص البناء بما تحمي الآثار.

وما نريد أن تذكر به هنا أن تلك القيود على رخص البناء لا تنصرف إلى حماية الآثار فحسب وإنما تمتد إلى مجال آخر هو الحفاظ على طراز المدينة القديم.

وهذا ما يعكسه حكم المحكمة الإدارية العليا في سوريا الصادر بتاريخ 1987/11/6 المتضمن:

ليس من الضروري أن يكون البناء أثرياً بنفسه، وإنما يجب في حال هدمه وإعادة بنائه أن يخضع للأنظمة. على البلدة القديمة من حيث أبعاده الثلاثة وطرازه المعماري، ومواد البناء المستعملة فيه مستوحياً الانسجام مع روح البلدة القديمة[2].

وقد عرضنا سابقاً لموقف القضاء الإداري الفرنسي لجهة إخضاع سلطة الإدارة التقديرية في حماية الآثار إخضاع ذلك إلى رقابة القضاء.

---

[1] حكمها الصادر في الطعن رقم 491، لسنة 30 قضائية، جلسة 1985/3/9.

[2] القضية رقم 230 لعام 1987، الحكم رقم 151، منشور في مجلة المحامين لعام 1988، ص193.

تقييم عام لنظرية الرخصة في القانون الإداري

عرضنا قدر الإمكان إلى بعض تضاريس هذه النظرية ونتوءاتها وتموجاتها، ومظاهر التي عبرت بها عن نفسها (الرخصة في حال الحركة الديناميةة).

ولكن السؤال المطروح هو: هل هنالك أساس عام ومعنى كلي يلم شتات هذه المظاهر، ويجمع نثارها، ويلم قراراتها، وكيف يمكن الحديث عن التأسيس العام لهذه النظرية؟.

في الحقيقة إن هذا الأساس لا يعدو أن يكون العامل لفكرة القانون نفسها ثم تأتي أسباب خاصة لتلون هذه الدائرة العامة.

ذلك أن الرخصة الإدارية تنتمي إلى النظرية العامة للقانون، كما تنتمي إلى النظرية العامة للقانون الإداري، ثم تضيق الدائرة لتسم هذه النظرية بسماتها الخاصة وماهيتها الذاتية.

وتوضيح ذلك أن الجماعة الإنسانية تستشعر في حياتها بعض الحاجات الهامة فتجهد لتحقيقها وإعلاء شأنها والاهتمام والعناية بها وهكذا ترادوها فكرة تنظيم هذه الحاجات وإحاطتها بسياج قانوني من النظام كيما تضمن استمرارها، ودوامها.

وهذه هي فكرة النظام أو المؤسسة théorie d. linstitution، التي دلل بها ودافع عنها الكثير من الفقهاء واعتبروها أساس القانون.

فهذه الحاجات الإنسانية على اختلاف أشكالها وأضرابها ومظاهرها المادية والمعنوية هي نواة النظام القانوني وفيصل التمييز بين المراكز القانونية أو الموضوعية العامة والمراكز القانونية الفردية أو الذاتية.

وهكذا تتلون الآليات القانونية تبعاً للحماية التي تحققها للحاجة العامة ومدى اتصالها الوثيق بهذه الحاجة العامة ثم لقيم مدى تدرج الحاجة العامة في سلم الاعتبار لقيم الجماعة، وبالتالي فكلما اشتد عود الحاجة العامة، وقوي ساعدها، وارتقت أهميتها، كلما استدعى ذلك قيام صياغات ووسائل قانونية لتحقيق السياج الذي يكفل حماية الحاجة وتقديمها بإطراد وانتظام.

ويمكن القول أن هذا هو أساس وجود الأنظمة القانونية المختلفة بما تتميز به من مراكز قانونية عامة وذاتية تختلف في تطبيقها الفردي عن الحقوق الشخصية الناشئة عن الاتفاق، وفي الآن نفسه يبرر استمرار النظام وعدم عرضيته، واستقلاله عن صاحبه على خلاف الحق الشخصي الذي يخضع لمطلق تصرف صاحبه.

فملكية الأشياء الاستهلاكية تعطي مالكها سلطات واسعة في التصرف بها، في حين أن اتساع نطاق التملك حتى على نطاق الملكية الفردية لوسائل الإنتاج (الملكية المشتركة وملكية المشروعات الصناعية الكبيرة) يخضع صاحبه لمزيد من قيود النظام كما هو الحال بالنسبة للشركات المساهمة.

وليس ما يستلزمه الفقه التقليدي من أن تكون فكرة النظام من إعلاء الدوافع الطبيعية المعقولة سوى الصفة المرتبطة بالحاجات العامة ذاتها، وهي التي تستلزم بحكم طبيعتها إيجاد قواعد آمرة تنطبق على سبيل المساواة والاستمرار والانتظام في صورة النظام القانوني[1].

وعلى هذا فالنظام يتحدد ويتخصص بالغرض الأصلي لوجوده، ألا وهو تنظيم إشباع حاجة عامة ومن خصائص النظام القانوني أنه ينطلق من الأفراد أصحاب الحاجة ولكنه يتجاوزهم وأداته في ذلك عنصر عضوي يضمن استمرار الحاجة، ويعتمد الأداة القانونية أي يخاطب الأفراد بصفاتهم لا بذواتهم.

وهذا فقد ظهر الأساس الواهي للتفرقة بين القانون العام والخاص وبررت المصلحة العامة في كل علاقة قانونية وأصبح النشاط الفردي بحد ذاته وظيفة اجتماعية وتفاعلت وانفعلت المصلحة العامة بالمصلحة الفردية.

وعلى هذا الأساس فقد سلم الفقه التقليدي بعدم صحة معيار التقسيم القائم (بين القانون العام والخاص) على أساس أطراف العلاقة القانونية.

أجل لقد سلم هذا الفقه بأنه لا توجد علاقة بين الأفراد إلا وهنالك طرف ثالث هو السلطة العامة القوامة على المصلحة العامة.

كما أنه لشيوع تنظيم المشرع للنشاط الفردي نتيجة لتغلل الأفكار الاشتراكية التي تعتبر الملكية وظيفة اجتماعية والارتقاء بالمسؤولية المدنية على أنها نوع من التأمين الاجتماعي والتجول في النظر إلى العائلة من خلية اجتماعية مغلقة على ذاتها إلى

---

[1] د. مصطفى كمال وصفي: نظرية النظام، مجلة مجلس الدولة، القاهرة، السنة 8-9-10، ص68.

أبوة، تبدو وكأنها مرفقاً عاماً «كما يقول جورج بيردو» بحيث لم يعد ممكناً تجاهل وجود الغير «الدولة»[1] في العلاقات القانونية بين الأفراد.

حتى الفقه التقليدي فقد اعترف بأنه وراء كل قانون صفة عامة إذ لا يمكن لمجتمع سياسي منظم التسليم بوجود علاقات قانونية معزولة في كهف الذات وتهم فقط الصوالح الخاصة.

ولا عجب إذ أن تردد مع دركها بأن كل فرد موظف في المجتمع fonctionnaire de la société[2].

وفضلاً عن ذلك فالفقه التقليدي يقرر بأن المراكز القانونية الشخصية ذاتها تخضع للقانون دائماً من حيث غرضها وإن كانت حرية الأفراد في تقريرها وتحديد مضمونها، كثر سعة وظهوراً من المراكز العامة أو الموضوعية la situtions objectives.

ومع ذلك فهذه الحرية تخضع أيضاً وتنظم بالقانون، ومن ثم فالمركز القانوني سواء أكان عاماً génerale أم فردياً individuelle هو دائماً وسيلة تحقق أهداف القانون.

على هذا الأساس يتساءل بيردو وراء كل قانون خاص قانون عام يحدد مضمونه وأهدافه، أليس علينا أن نؤكد مقولة "جيلينيك" بأن كل قانون خاص يستند إلى روح القانون العام:

---

[1] د. محمد حامد الجمل: الموظف العام فقهاً وقضاء، ص330.

[2] المرجع السابق، ص330.

"Tout droit privé repose sur le sol du droit public"

وهذا ما يؤكد بالتالي أولوية القانون العام premante de droit public.

وهذا التسليم بوحدة أغراض القانون دون مجالاته يجعله يسلم بأنه لا يوجد اختلاف في نطاق القانون العام أو الخاص، وفي ذلك يقول "بيردو": ((إن كل قاعدة قانونية هي قانون عام، وكل ما يطبق على العلاقات الإنسانية من قواعد يكون المجتمع طرفاً فيها))[1].

على هذا الأساس فتنظيم القانون العام لعلاقة الدولة بالأفراد وبالمقابل فتنظيم القانون الخاص لعلاقات الأفراد فيما بينهم هذا التنظيم ليس مطلقاً إذ أن بعض علاقات الأفراد تخضع للقانون العام وبالعكس فوسائل القانون الخاص ليست قاصرة على الأفراد بل قد تستخدمها الأشخاص العامة ذاتها.

وهذا النظام القانوني، الذي أصبح شائعاً في المجالات المختلفة للقانون ليس شيئاً سوى المبادئ الثلاثة للمرفق العام: (انتظام سير المرفق واستمراره – مبدأ المساواة بين المنتفعين منه – قابليته للتعديل والتغيير في كل وقت).

وعلى ضوء ما تقدم يجري التعامل في نطاق القانون الخاص بالنسبة لأي عقد أو تصرف قانوني في إطار النظام العام المجرد الذي يحتويه القانون المدني أو التجاري، وينطبق على سبيل المساواة على كل شخص يلجأ إلى هذه الصورة من التعاقد، الأمر الذي يجعل المجتمع على قدم المساواة أمام نظام مرفق المعاملات المتبادلة بين أفراد الجماعة، كما أن لكل فرد الانتفاع على سبيل المساواة بالحماية القضائية لحقوقه وفقاً لقواعد أصول المحاكمات، مما يحقق انتظام مرفق المعاملات التبادلية في المجتمع.

---

[1] د. محمد حامد الجمل: الموظف العام فقهاً وقضاء، ص331.

زد على ذلك فالقانون العام المدني والتجاري يتضمنان القواعد المسماة من النظام العام والتي نقصد منها: الحفاظ على حسن سير وانتظام مرفق المعاملات بين الأفراد وفقاً للنظام الاجتماعي والاقتصادي السائد في الدولة، فإذا تهدد هذا المرفق بالتوقيف أو عدم الانتظام كما يحدث في الأزمات الاقتصادية تدخل المشرع وهدد بصفة عامة وعلى سبيل المساواة آجال سداد الديون العامة حتى لا تنتهي الثقة في التعامل ويتوقف هذا المرفق عن السير بانتظام وإطراد، ومن أمثلة ذلك أيضاً القواعد المنظمة للعلاقة بين المؤجرين والمستأجرين كتجديد عقود الإيجار وتخفيض البدلات حتى لا تتهدد الحاجة العامة.

وفي نطاق قانون العقوبات يضع المشرع الجنائي نصب عينه كفالة سير المرافق العامة بانتظام وإطراد مثل تحريم الإضراب وقمع ترك الموظف لعمله وغير ذلك.

وهكذا تدور الصياغات القانونية قوة وضعفاً، تشديداً وتخفيفاً، تدور مع الحاجة العامة بحيث أن هذه الصياغات لا تعدو أن تكون وسائل فنية لتلك الغاية وبحيث أن الحاجة العامة تقدم نظام الغايات والأهداف.

ولما كانت نظم الغايات تتدرج في سموها وأهميتها ونجاعتها للجماعة لذلك فإن الوسائل القانونية، تتدرج تدرجاً مطابقاً لنظم الغايات.

ولا شك أن الحفاظ على الأمن والسكينة والصحة هذا الحفاظ يتموضع في صميم حاجة الجماعة لذلك فإن لتلك الحاجة الأهمية الأولى في سلم الأولويات.

على هذا الأساس نفهم أنه كان السبق في النشوء للدولة الحارسة الحامية للمجتمع، ونفهم الحديث عن المرفق العام بالطبيعة والضرورة (مرفق الأمن).

ونفهم السلطات الواسعة والتقديرية التي تتمتع بها الإدارة في هذا المجال، وفي الوقت نفسه نفهم قوله تعالى: ﴿رَبِّ اجْعَلْ هَذَا بَلَداً آمِناً وَارْزُقْ أَهْلَهُ مِنَ الثَّمَرَاتِ﴾ البقرة/**126**.

فوظيفة الأمن لها السمو الأول، والحاجة الصميمية في حياة الجماعة يعقبها الثمرات، وهي حاجة تالية ولكنها أساسية.

وهذا هو عين السبب الذي يفسر لنا تغلغل وظيفة الضبط في المرفق الإداري حتى على صعيد الترخيص نفسه، كما يفسر لنا ظاهرة المرفق العام الفعلي الذي ينشأ بالترخيص متميزاً عن النشاط الفردي العادي سمواً ورفعة بسبب أهمية الحاجة العامة التي يقدمها suffisanment dintérêt général.

فعقد التزام المرفق العام يعطي صاحب الامتياز كثيراً من وسائل القانون العام وفي الوقت نفسه يبسط كثيراً من الولاية والهيمنة على هذا المشروع لسبب واحد هو أنه قوام على حاجة عامة.

وهذا السبب دفع الفقه للقول بأن التزام المرافق العامة ليس مشروعاً خاصاً، وإنما هو مرفق عام بمعنى الكلمة وتسري عليه أحكام النظام القانوني للمرافق العامة[1].

وأبعد من ذلك، ففي بعض الأحيان لا يطلق على الملتزم هذه الصفة، وإنما يدعى (المرخص له)، كما يطلق على عقد الالتزام تسمية الترخيص خصوصاً إذا تغلبت الأحكام اللائحية للالتزام على الجوانب الاتفاقية فيه[1].

[1] د. محمد حامد الجمل: الموظف العام فقهاً وقضاء، ص955.

ولعلنا لا نعدم وهو الأمثلة الكثيرة على هذا الامتياز من ذلك الترخيص للمدارس الحرة والخاصة في مصر.

وبيان ذلك أن مرفق التربية والتعليم من أخص المرافق العامة التقليدية التي تتولاها الدولة الحارسة.
وباستقراء النظام القانوني للمدارس الخاصة يتضح أنها «وباعتبارها تساهم في مرفق التعليم» تدار بطريق الالتزام، الذي يطلق عليه وصف الترخيص تحت إشراف وزارة التربية والتعليم، وطبقاً للنظام القانوني للمدارس الخاصة يساعدها في الرقابة أعضاء النيابة الإدارية حيث تمارس هذه الوزارة على الملتزم صاحب المدرسة الخاصة الإشراف والرقابة ولها سلطة غلق المدرسة إدارياً والاستيلاء المؤقت عليها إضافة إلى الإسقاط والتأميم دون أي تعويض[2].
وعلى هذه الأرضية الرصينة نفسر الترخيص الإداري على صعيد النشاط الفردي الصرف كالرخص التي تمنح إلى المحال التجارية أو الصناعية، أو الرخص التي تعطى لبيع بعض الحاجات العامة مثل الأدوية والتبغ وغير ذلك.

فالإجراءات الضابطة المتصلة بالترخيص الإداري السابق للنشاط الفردي والإشراف عليه منعاً لأية مخالفة للنظام القانوني هذه الإجراءات لا تعدو أن تكون وسائل الدولة الرقابية في التنظيم والإشراف على الأنشطة الفردية التي تشبع الحاجات العامة، حفاظاً على الاقتصاد القومي واعتبارات الأمن والصحة والسكينة العامة.

---

[1] د. محمد حامد الجمل: الموظف العام فقهاً وقضاء، ص955.

[2] المرجع السابق، ص956.

والنشاط القومي الذي يقوم به الأفراد لا يعدو أن يكون نشاطاً مرفقياً تنظمه الوسائل الضابطة لضمان توفير الخدمة العامة عندما يترك ممارسة للأفراد، دون الدولة ويتحقق ذلك بكل وضوح في كافة أنواع النشاط التي لا يمكن ممارستها قبل الترخيص بها سواء، الأعمال الحرفية و الأعمال المهنية فجميع هذه الأنشطة توفر خدمات عامة لحياة الجماعة والدولة تضمن حسن سيرها وانتظامها بأساليب الرقابة الإدارية الضابطة مستندة في ذلك إلى سلطة الأمر والجزاء والعقاب الذي تنزله على من يخرج على النظام القانوني الموضوع لحسن سير هذه المرافق.

ومن مظاهر ذلك حرمان هؤلاء الأفراد من الترخيص وسحبه أو إلغائه أو وقفه. ولا يمكن تفسير وجود مثل هذه التشريعات الخاصة بالترخيص إلا أن النشاط الفردي مرفق عام متروك للأفراد، وليس من فارق بين هذا النشاط الفردي، وبين النشاط الممنوح للملتزم «والذي هو دون نقاش مرفق» عام سوى خطورة النشاط موضوع عقد الالتزام وما يتفرع عن ذلك من احتكار فعلي أو قانوني[1].
وليس لما تحتكره الدولة الحارسة من نشاط مرفقي يشبع حاجات عامة من اختلاف عما هو متروك للأفراد إلا في ارتباط هذا النشاط بالدولة ذاتها كسلطة قهر تفرض إرادتها على مواطنيها، حيث تكتفي سلبياً في تحقيق وظيفتها لتوفر انتظام الإشباع المستمر لحاجات مواطنيها بأساليب السلطة العامة الرقابية الضابطة[2]، وعلى هذا الأساس لا يرى الأستاذ الجمل أي فارق بين المرافق الإنتاجية والتجارية التي تديرها الدولة، وبين النشاط الفردي الخاضع للترخيص السابق، ومرد ذلك بالطبع نظام الحاجة العامة.

---

[1] د. محمد حامد الجمل: الموظف العام فقهاً وقضاء، ص342.

[2] المرجع السابق، ص342.

فالمرافق الإنتاجية والتجارية تخضع من حيث تنظيم الشخص العام القوام على هذه المرافق وممارسة هذا الشخص لنشاطه، تخضع لأحكام القانون العام، في حين تخضع في علاقتها مع الأفراد للقانون الخاص، وهذا الأمر لا يختلف من حيث الطبيعة والجوهر عن النشاط الفردي، اللهم إلا بأن النشاط الأخير يدار من قبل أشخاص عاديين، ولا محل إذن لنفي صفة المرافق العامة كلية عن النشاط الفردي لمجرد تولي أفراد له، إذ أن طبيعة النشاط واحدة، وإشباعه لحاجة عامة متوفر في كليهما، والخليط من القانون العام والخاص يسري على الروابط القانونية الناشئة عنهما وعلى أساس هذه المماثلة بينهما وصفت المرافق العامة الإنتاجية والتجارية في قضاء مجلس الدولة الفرنسي بهذه الصفة، ومن ثم فليس هنالك قانون أو منطق يمنع من وصف النشاط الفردي المماثل بوصف المرفق العام[1] .

أجل كنا عرضنا لنظرية الضرورة والمكنات والسلطات الواسعة التي تعطى للإدارة في حال الأزمات، وما ذلك إلا لفتح السبل أما الإدارة من أجل تأمين الأمن وغيره كل ذلك ليتاح للأفراد تقديم الخدمات presentations، مذكرين بتلك الصلة الوشيجة بين الخدمات والمصالح العامة[2]

"Le notion de besoin dintérêt général et la notion de presentation".

على هذا الأساس، فالدولة لا تقف مكتوفة الأيدي عندما تتهدد المرافق التي يضطلع بها الأفراد في حالات الحرب أو الفيضان أو الوباء أو الاضطرابات، وغير

---

[1] د. محمد حامد الجمل: الموظف العام فقهاً وقضاء، ص342.

[2] مطول لوبادير في القانون الإداري، ص585.

ذلك بل تهب لمساعدة الأفراد، وقد تتولى أحياناً هذه المرافق بواسطة أجهزتها الخاصة التقليدية كالجيش وغير ذلك.

والحالات التي تولت فيها القوات المسلحة للدول الرأسمالية الاضطلاع بذلك لا تدخل في نطاق الحصر[1].

وحقيقة الأمر أن هذه الأنشطة كانت مرافق عامة بالأصل، وقد روعي تنظيمها على هذا الوجه مع ترك تسييرها للأفراد تطبيقاً للمبادئ الفردية ما دام القطاع الخاص يتبع الحاجات العامة، والأزمة ذاتها لم تحدث شيئاً سوى تغيير أسلوب إدارة هذه الأنشطة وتسييرها بإعادتها إلى الدولة المسؤولة أصلاً عنها لتوليها بالطريق المباشر وبوسائل السلطة العامة التي تتمتع بها كالاستيلاء والحراسة الإدارية والحلول محل الأفراد حلولاً تاماً في الإدارة[2].

وإذا ألقينا نظرة مقارنة بين مادة التبغ وحاجة أخرى مثل مهنة التجارة فهذه المهنة لا تخضع إلا لقيود النظام العام، في حين أن مادة التبغ تخضع لقيود دقيقة سواء ما يتعلق بالإنتاج أو التوزيع أو النقل أو غير ذلك.

أجل لقد تضمن نظام الترخيص ببيع التبغ قيوداً مكانية على الممنوح له الترخيص، والأمر على خلافه بالنسبة لحرفة التجارة والسبب في ذلك نظام الحاجة العامة.

وهذا الأمر يفسر لنا نظام الترخيص ببيع الأدوية والسلطات الممنوحة للإدارة في هذا القبيل، لا سيما في حالات الضرورة (بيع الأدوية الفاسدة)، كما سبق تحديده.

---

[1] د. محمد حامد الجمل: الموظف العام فقهاً وقضاء، ص345.

[2] المرجع السابق، ص347.

كما يفسر لنا نظام الترخيص بمنح رغيف الخبز مرفق الخبز والنظام الرقابي المتسع على هذا المرفق والمزود بالنظام العقابي (عقوبات التموين) بل إناطة ذلك بالقضاء العسكري.

من كل ما تقدم يمكن القول إن نظام الترخيص يدور في فلك (دائرتين أساسيتين): حفظ النظام العام بمدلولاته وعناصره الثلاثة، والنظام العام في حد ذاته لا يعدو أن يكون حاجة أساسية، وإن كانت تتميز من غيرها من الحاجات بأن وسائل تنظيمها تأخذ طابعاً سلبياً ووقائياً (إحلال الاتساق والانسجام بين الأنشطة الفردية)، ويمكننا أن نضرب مثلاً على هذا الدور التنظيمي للترخيص في الرخص التي تمنح للآبار.

وبيان ذلك أن المياه وسواء أكانت جوفية أم غير ذلك – هذه المياه أموال عامة، والإدارة تقصد في الترخيص ألا يعتدي فرد على آخر، فيم تاح من بئره بما يضر أصحاب الآبار المجاورين وعلى خلاف الترخيص الضبطي.

معيار تميز الرخصة الضبطية من الرخصة المتصلة بدواعي المرفق العام

والفارق بين هذين النوعين من الرخص هو في الواقع فارق بين وسائل الضبط الإداري acte de police أو التصرفات المانعة preventive، وبين وسائل المرفق العام يأخذ المظاهر الآتية:

1. من حيث الغاية:

فالضبط ذو سمة وقائية تنظيمية سلبية وساكنة، فهو أضيق رقعة وشمولاً من حقل المرفق العام، حيث لا يدخل في الضبط الإداري حماية الموارد العامة أو المال العامة لأن غرضه حماية النظام العام في حين أن المصالح العامة هو غرض المرفق العام.

2. لجهة التزام الإدارة:

والإدارة ملزمة بالقيام بمهمة الضبط الإداري في حين لا إلزام عليها بالسبة للمرفق العام.

3. لجهة الوسيلة:

فالضبط لا وسيلة له إلا الأمر في حين يتدرج المرفق العام في استخدام هذه الوسيلة، بل قد لا يلجأ إليها قط كما في قواعد القانون الخاص.

والنشاط الضابط حكر على الدولة لا يمكن لها التنازل عنه لاتصاله بمظاهر السيادة[1]

"Ne peut être concede á un particulier ne peut se de ssaisir de ses responsabilité".

بينما تستطيع الإدارة توكيل مهمة إدارة نشاط المرفق إلى الأفراد (عقد الالتزام)[2].

1. شكل التصرف:

والنشاط الضابط يقوم على تصرف إداري انفرادي preseriptions unilatérales في حين أن التنظيم المرفقي قد يستعين بالعقد. والإدارة لا تستعمل سلطتها الضابطة لتنفيذ عقد[1].

---

[1] C.E،23 Mai,1958,p566.

[2] André de Laubadère: Traité élémentaire de droit administrative, Paris ,1963 , p560.

"Police et contrat sondes nations exetuent"

2. التعاون:

والضبط لا يحتاج إلى مساعدة الأفراد خلافاً للتعاون الذي نلمحه على صعيد المرفق العام بين الإدارة والمنتفعين أو المتعاملين معها.

زد على ذلك فالنشاط الضبطي يمارس في مظهر عمل سلبي على أفراد غير محددين وفي صيغة النهي أو المنع أو الترك، بينما يؤدي المرفق عملاً إيجابياً في علاقة الإدارة بالأفراد، وبالتالي فكلما زادت درجة الإيجابية كان النشاط مرفقياً تشرف عليه الدولة بهذه الصفة وإذا خفت درجته كان الترخيص بالنشاط مجرد إجراء ضبطي، وليس تنظيماً مرفقياً[2].

ويمكن القول أنه ليس هنالك وصفة جاهزة أو معيار صارم ونهائي تميز من خلاله الرخصة الإدارية الضابطة من الرخصة المتصلة بالمرفق العام، بل يمكن القول أن هذه المظاهر ليست إلا روائز يمكن الاستهداء بها لمعرفة ما إذا كانت الرخصة تنتمي إلى المجال الضابط أم المجال المرفقي.

وبالمقابل فعلى الرخصة الضبطية أو المرفقية أن تتسلح « كل ما يخصه» بهذه القرائن التي تكون منسجمة مع طبيعتها، فتحفظ نفسها من الوقوع في شرك العيب والبطلان والمسألة في النهاية مسألة قناعة القاضي الإداري يسلطها على الرخصة مستخلصاً من ظروف الحال ما يدعم هذه الغاية ويزودها باليقين.

---

[1] André de Laubadère: Traité élémentaire de droit administrative, Paris ,1963,p560.

[2] د. محمد حامد الجمل: الموظف العام فقهاً وقضاء، ص339. وانظر د. عصفور: الضبط الإداري: ص326 وما بعدها.



السيرة الذاتية

الدكتور برهان خليل زريق

ولد في محافظة اللاذقية – قضاء الحفة– قرية الجنكيل (القادسية حالياً)، 1933.

المؤهلات العلمية:

- الثانوية العامة الفرع العلمي – ثانوية البنين(جول جمال) اللاذقية عام 1951.
- إجازة في الآداب – قسم اللغة العربية وعلومها – جامعة دمشق عام 1958.
- إجازة في الحقوق – جامعة حلب عام 1965.
- ماجستير في القانون الإداري من كلية الحقوق جامعة القاهرة عام 1970.
- دكتوراه في الحقوق – جامعة المنصورة عام 1984.

العمل المهني:

- التدريس في ثانويات محافظة اللاذقية عامي 1952–1953.
- العمل في المديرية العامة للتبغ والتنباك حتى عام 1975.
- العمل في مهنة المحاماة من بداية عام 1976 حتى آذار 2007.

النشاط المجتمعي:

- عضو في الاتحاد الاشتراكي فرع سوريا حتى عام 1975.
- عضو نقابة المحامين حتى عام 2007.
- عضو المؤتمر القومي العربي حتى وفاته 2015.
- شارك في العديد من الندوات والمؤتمرات أبرزها ندوة الوقف التي أقامها مركز دراسات الوحدة العربية في بيروت عام 2002.

✓ تم الاستعانة بخدمات محرك البحث Google لتدقيق وتصويب أسماء المراجع والمؤلفين، وبعض محتويات هذا المؤَلف بسبب رحيل الكاتب قبل النشر، فالشكر كل الشكر للقائمين على هذا المحرك للخدمات الجليلة التي تقدم للإنسانية.

محتوى الكتاب